

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA DE POST GRADO

**Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela
jurisdiccional efectiva**

base para un modelo

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en
Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Víctor Roberto Obando Blanco

Lima – Perú

2010

REFLEXIÓN INTRODUCTORIA

“Son, pues, tres momentos diferentes que cíclicamente se repiten a lo largo de la historia humana en formas cada vez más complejas y densas: 1º, el hombre se siente perdido, naufrago en las cosas; es la *alteración*. 2º, el hombre, con un enérgico esfuerzo, se retira a su intimidad para formarse ideas sobre las cosas y su posible dominación; es el *ensimismamiento*, es la *vita contemplativa* que decían los romanos, el *theoretikós bíos* de los griegos, la *theoría*. 3º, el hombre vuelve a sumergirse en el mundo para actuar en él conforme a un plan preconcebido; es la *acción*, la *vida activa*, la *praxis*.

Según esto, *no puede hablarse de acción sino en la medida en que va a estar regida por una previa contemplación; y viceversa, el ensimismamiento no es sino un proyectar la acción futura”*.

(JOSE ORTEGA Y GASSET. El Hombre y La Gente).



INTRODUCCIÓN

Resulta trascendente observar como cuestión previa al tema de investigación, que en la experiencia jurídica, el resumen procesal se da a través de tres construcciones teóricas: DERECHO-TUTELA-EFICACIA. El derecho regula la relación de los ciudadanos con el Estado. La tutela es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas. La eficacia es la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas.

KARL ENGISCH en su obra “Introducción al pensamiento jurídico”, afirma que:

*...Se puede entender por conceptos jurídicos ‘normativos’ aquellos que en oposición a los conceptos prescriptivos apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino sólo ser imaginados y comprendidos en conexión con el mundo de las normas...siempre se necesita una valoración para poder aplicar un concepto normativo al caso concreto...*¹

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se ha convertido en el pilar fundamental del proceso, mereciendo que, además de ser adoptado en el Título Preliminar del Código Procesal Civil (artículo I) sea reconocido como derecho constitucional fundamental (inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política). Cabe recordar como dato histórico que la Ponencia presentada en el Congreso Constituyente Democrático por la agrupación oficialista, sustentada por el entonces congresista César Fernández Arce en la Comisión de Constitución y

¹ Karl Engisch. Introducción al pensamiento jurídico, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967. pp. 142-143.

Reglamento, el 30 de marzo de 1993, sostuvo que para su elaboración se habían basado en los proyectos presentados por el Poder Judicial (Anteproyecto de Reforma Constitucional del Poder Judicial de diciembre de 1992) y por el Colegio de Abogados de Lima, que señalaba que *“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por medio de los órganos jurisdiccionales del Estado”*. Durante el debate en la citada Comisión, el congresista Enrique Chirinos Soto propuso eliminar la expresión “efectiva” pues dicho adjetivo no le gustaba, con lo que evidenciaba un desconocimiento sobre la noción y alcances de este derecho fundamental, señalando que si se tiene protección, ella era efectiva, por lo que no hacía falta señalarlo. Por su parte, el congresista Fernández Arce expresó que no tenía inconveniente en suprimir la palabra “efectiva”². Luego que el texto de la ponencia basada en la propuesta del Poder Judicial fuera debatido en el Pleno del Congreso Constituyente, se optó por incluir el derecho a la tutela judicial y derecho al debido proceso en la versión final del artículo 139 inciso 3) de la Constitución, de forma similar al modelo español, que reconoce en su texto constitucional ambas instituciones.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica no sólo que las personas puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela de su derecho, sino que, además, asegura la expedición de sentencias en justicia y no arbitrarias. Según constante doctrina constitucional, anota el procesalista Augusto Morello, el derecho a la tutela judicial efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con **criterios jurídicos razonables**.³

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la reafirmación del carácter instrumental del proceso, en tanto mecanismo de pacificación social. En esa línea, dicha efectividad abarca no sólo aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción del proceso (lo que, en teoría, atañe más al

² Congreso Constituyente Democrático, Diario de los Debates. Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo III, pp. 1430-1432.

³ Augusto Morello. El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos. Buenos Aires, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot S.A., 1994, p. 286.

derecho al debido proceso) sino que, primordialmente, se halla referida a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en la *litis*⁴.

La **tutela jurisdiccional efectiva** será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual se busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin; es por ello que sólo es aplicable dentro del proceso judicial.

En conclusión, son dos derechos que pueden convivir en un mismo ordenamiento. No basta pues el proceso justo con garantías, sino que se hace necesario el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que permite que dentro de un proceso judicial el particular pueda ver satisfechos sus intereses.

El profesor y Juez de Cámara de Rosario de Argentina JORGE PEYRANO nos dice:

*...es menester dejar establecido que el nuevo Código Procesal Civil peruano puede ser calificado como un código del “tercer milenio” en mérito de las múltiples innovaciones que incorpora y de la forma en que privilegia el valor procesal ‘eficacia’. En efecto: ya desde el vamos anuncia que privilegia el derecho a la tutela judicial efectiva y se preocupa, además, por no dejar dudas acerca de que ‘la finalidad concreta del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales’.*⁵

El proceso es un instrumento de los derechos materiales. Debemos evitar un proceso que sea inútil aunque técnicamente impecable, que no esté al tanto del tipo de derechos que se está discutiendo en una sociedad, ésta es la razón de la **crisis del proceso**. La tutela y el proceso sirven para garantizar al ciudadano la

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00607-20009-PA/TC de fecha 15 de marzo de 2010; *el resaltado y subrayado es nuestro*.

⁵ José Peyrano. La performatividad en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano. En: Revista Thémis No. 22, Lima, 1992, p. 6.

tutela de sus derechos esenciales, y los procesos deben estar cubiertos del mayor número de garantías.

La tendencia contemporánea en materia jurídica, es hablar de garantismo (LUIGI FERRAJOLI y otros), pero al mismo tiempo esa necesidad de un proceso plenamente garantista, tiene como alternativa la necesidad de afrontar el drama del tiempo del proceso. Sostiene el jurista JUAN MONROY GÁLVEZ que vivimos una lucha entre *garantismo y urgencia*, que tiene que reconducirse, porque tan importante como tener un proceso garantista es tener fórmulas distintas, que aseguren la duración del proceso, no destruya ni acabe con la fe ni con el derecho del que tiene la razón, y eso es el ámbito donde se inserta la tutela cautelar contemporánea.

En épocas en las que los estudios procesales apuntan a atacar de raíz el irresuelto problema entre tiempo y proceso, sobre el efecto nocivo de la dilación en el proceso, el profesor brasileño LUIZ GHUILLERME MARINONI señala: “...*en la realidad de la vida, la lentitud del proceso puede significar angustia, sufrimiento psicológico, perjuicios económicos y hasta la misma miseria*”.⁶

LUIGI FERRAJOLI al tratar la teoría general del garantismo, afirma que una de sus acepciones refiere a una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas, no sólo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el derecho. El principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser. FERRAJOLI llama democracia sustancial o social al “estado de derecho” dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y

⁶ Disertación pronunciada en el XXI Congreso nacional de Derecho Procesal, celebrado en San Juan (República Argentina) los días 13 a 16 de junio del 2001, citado por José Tam Pérez, En: “Los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”, Revista Actualidad Jurídica, N° 180, noviembre 2008, p. 83.

democracia formal o política al “estado político representativo”, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad⁷.

Por último diremos con LUIS PRIETO SANCHÍS que: *“Las ideas hoy tan presentes en nuestra jurisprudencia como razonabilidad, ponderación, prohibición de exceso, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad desplazan al modelo mecanicista de la codificación, el centro de gravedad del Derecho se desplaza también de las disposiciones normativas a la interpretación, de la autoridad del legislador a las exigencias de justificación racional del juez”*.

Ciudad del Callao, 24 de agosto del 2010.

El Autor

⁷ Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 852, 854 y 864.

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO 1: TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Sumario: 1. La interpretación jurídica: La dialéctica judicial. 2. El razonamiento jurídico en el derecho contemporáneo. 3. Evolución histórica y concepto de Derechos Fundamentales. 4. El contenido esencial del derecho. 5. Los derechos fundamentales en la Constitución Peruana. 6. El Neo constitucionalismo. 7. La Tutela Jurisdiccional desde el plano constitucional.

CAPÍTULO 2: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA DOCTRINA.

Sumario: 1. Antecedentes y concepto. 2. Las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. 3. Del formalismo-valorativo en el Proceso Civil. 4. Tutela jurisdiccional ordinaria y tutela jurisdiccional diferenciada contemporánea. 5. Reforma constitucional.

CAPÍTULO 3: LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO Y CRITERIOS UNIFICADORES DE INTERPRETACION

Sumario: 1. Caracteres o requisitos de la jurisprudencia. 2. Importancia y trascendencia práctica de la jurisprudencia. 3. Fuentes en el Código Procesal Civil (Artículo III segundo párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Civil). 4. Precedente judicial vinculante. 5. Precedente constitucional vinculante.

CAPÍTULO 4: MECANISMOS PROCESALES EN LA APLICACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

Sumario: 1. Introducción. 2. Rechazo liminar de la demanda: causales de improcedencia de la demanda. 3. Principio de igualdad ante la ley procesal. 4. Principio de elasticidad de las formas procesales. Excesivo ritualismo. 5. Acumulación de pretensiones. 6. Notificaciones. 7. Saneamiento del proceso. 8. Fijación de hechos controvertidos y principio de no contestación. 9. La titularidad de los derechos individuales homogéneos. 10. Improcedencia de la declaración de abandono. 11. Inaplicación de la exigencia de presentar acta de conciliación extrajudicial. 12. Finalidad de la prueba. 13. La nulidad procesal. La nulidad como remedio y como recurso y los supuestos de aplicación. 14. Derecho a la debida motivación en la doctrina y jurisprudencia constitucional. 15. Litispendencia. 16. Cosa juzgada. 17. El principio *iura novit curia*. 18. Discrecionalidad judicial: principio de equidad. 19. Acceso a los recursos. 20. Aforismo "*Reformatio in peius*". Principio de la prohibición de la reforma peyorativa. 21. Derecho a la efectividad de las sentencias. Eficacia procesal. 22. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria impugnada. 23. La existencia de dos sentencias contradictorias: ¿Cuál debe prevalecer? 24. Formas de tutela jurisdiccional de los derechos y los tipos de sentencia. 25. La tutela cautelar. 26. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. 27. El costo del proceso. 28. Indebido uso de la abstención de los jueces afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. 29. Conducta maliciosa de los abogados. Abuso de derecho impidiendo la tutela jurisdiccional efectiva. 30. Notas finales.

CAPÍTULO 5: CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL.

Sumario: 1. Introducción. 2. Fundamento o razón. 3. Discusión doctrinaria. 4. Finalidad. 5. Presupuestos para su aplicación. 6. Legislación comparada. 7. Conclusiones.

CAPÍTULO 6: TEORIA DE LA IMPUGNACION PROCESAL. LAS IMPUGNACIONES EN EL PROCESO CIVIL.

Sumario: I. PARTE GENERAL. 1. El derecho a la impugnación como garantía del doble grado y su rango o categoría constitucional. 2. Supuestos de inimpugnabilidad. 3. Impugnabilidad del Auto Admisorio. 4. El derecho al recurso sencillo y efectivo consagrado en el artículo 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica (artículo 3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) entendido, en una de sus versiones, como el “acceso a una corte conformada por jueces independientes e imparciales” es garantizado por el Estado. **II. PARTE ESPECIAL. De los recursos en general.** 5. Clasificación de medios impugnatorios regulados como tales en el sistema procesal civil. Clases de recursos. 6. Tratamiento de la nulidad procesal en el sistema procesal civil: la nulidad como un “incidente impugnativo” y los supuestos de aplicación. 7. Tratamiento de los presupuestos o requisitos para la procedencia de los recursos ordinarios contemplados en el sistema procesal civil. El deber de fundamentar el recurso que se interpone, invocar agravio, vicio o error en la resolución recurrida. 8. Efectos reconocidos en el sistema procesal civil frente a la interposición de un recurso: efecto suspensivo, sin efecto suspensivo y con efecto diferido. 9. Principios de la impugnación procesal. **III. PARTE ESPECIAL. Del recurso de casación.** 10. Los sistemas casatorios en el civil law: i) Italiano; ii) francés; iii) español; y iv) alemán. Sistema casatorio peruano. 11. Proceso de revisión civil por fraude procesal.

CONCLUSIONES.

RECOMENDACIONES, PROPUESTA LEGISLATIVA Y ACADEMICA.

BIBLIOGRAFIA.

CAPÍTULO 1: TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Sumario: 1. La interpretación jurídica: La dialéctica judicial. 2. El razonamiento jurídico en el derecho contemporáneo. 3. Evolución histórica y concepto de Derechos Fundamentales. 4. El contenido esencial del derecho. 5. Los derechos fundamentales en la Constitución Peruana. 6. El Neo constitucionalismo. 7. La Tutela Jurisdiccional desde el plano constitucional.

1. LA INTERPRETACION JURIDICA: LA DIALECTICA JUDICIAL.

La interpretación ha acompañado al derecho desde sus albores. Puede decirse que resulta imposible aplicar una norma jurídica, sin acudir a aquella. Junto con el concepto de justicia, éste es el más importante en la teoría y práctica del derecho.

La teoría moderna de la interpretación jurídica comienza en el último tercio del siglo XIX en Alemania, con los trabajos de BÜLOW y EHRLICH, que inician *el movimiento de la libre interpretación*. En Francia llega a su máxima expresión cuando GENY publica en 1898 su primer gran libro sobre el método de la libre interpretación, que desplazara definitivamente a la escuela de la exégesis. Previamente hubo grandes aportes a ésta teoría, como las obras de SAVIGNY y de IHERING. Como anota bien el filósofo peruano FRANCISCO MIRO QUESADA CANTUARIAS, *la teoría de la interpretación jurídica*, como segunda etapa bien definida, comienza a intentarse hacia la década de los cincuenta, y entre los jusfilósofos que logran desarrollarla figura, en lugar de excepción, EMILIO BETTI cuya obra más cuajada es la Teoría de la Interpretación Jurídica, publicada en 1955.

Una tercera época de la hermenéutica jurídica comienza hacia la década de los setenta con aportes de jusfilósofos de diferentes países, que desarrollan las modernas técnicas analíticas, siendo un hito teórico el libro Normative Systems, publicado en 1970 por los filósofos argentinos CARLOS ALCHOURRON y EUGENIO BULLYGIN, en él se desarrollaba, por primera vez, el concepto de sistema normativo.

Una de las conquistas más importantes no solo del derecho procesal sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia atribuida al Juez de motivar y fundamentar sus decisiones. El juzgador debe adecuar el fallo a un razonamiento determinado, conforme a las leyes de la lógica y al ordenamiento jurídico aplicable de una forma convincente y exhaustiva. Existe el derecho del justiciable de exigir que el proceso termine materializado en una declaración de certeza que tenga razonabilidad y explicitud en su fundamentación, lo que la doctrina constitucional española llama en el desarrollo del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la **búsqueda de los criterios jurídicos razonables**.

Toda sentencia judicial en el esquema de razonamiento o de la aplicación del derecho (*iura novit curia*) no sólo debe contar con una **justificación interna** que comprenda la evaluación de los hechos aportados por las partes con el correlato de prueba y la evaluación del supuesto normativo aplicable al supuesto de hecho y una **justificación externa** que comprende el conocimiento del Juez de la doctrina y reglas de la experiencia (valores, vivencias, desarrollo económico y social del país, contexto cultural, etc.) que pueden resumirse en interpretación jurídica y labor creativa e integradora, sino que además el Juez debe buscar el empleo de **la retórica**, es decir **PERSUADIR** a las partes de lo que está fallando, toda esta tarea interpretativa en resumen generan una visión holística de lo contenido en el caso.

La ley es algo estático, lo dinámico lo constituye el derecho jurisprudencial. De allí que la lógica que utilizan los jueces, no está limitada a la lógica formal sino que se extiende al uso de la *lógica deóntica* (lógica del imperativo normativo) o *polivalente* (ya que soporta más de los dos valores clásicos, que son verdadero o falso), lo que marca una tendencia a la **aplicación de la lógica dialéctica** considerando el concepto de temporalidad como un factor importante en los sucesos. Otros autores nos hablan de la llamada **lógica de tipo discursiva**, pues de acuerdo con los argumentos se va decidiendo, lo que abre la posibilidad de que

haya sentencias contradictorias y que siguen siendo válidas desde el punto de vista de la corrección del pensamiento.

Toda lógica debe ser capaz de una determinación y una expresión categóricas, en el caso de **la dialéctica**, ésta incorpora en su sistema y utiliza, el aparato de la lógica formal los conceptos de definición estricta, clasificación, coordinación de categorías, silogismos, juicio, etc. Esos elementos del pensamiento lógico deben adaptarse a los procesos de la realidad y a la realidad del pensamiento⁸.

En el derecho comparado, especialmente en la doctrina argentina, encontramos un desarrollo de la llamada *doctrina de la sentencia arbitraria*. El Tribunal Constitucional Español ha dicho que arbitrario es lo que no está fundado en derecho. La materia de la llamada doctrina de la sentencia arbitraria comprende lo absurdo u arbitrario que escapa a la lógica formal en el razonamiento judicial. Se atenta contra el sentido común, con afirmaciones imposibles, insostenibles. No es arbitrario lo que es opinable. El tema pasa por un análisis de la esencia del razonamiento judicial a efectos de encontrar métodos que permitan al juez conducir su decisión a un contenido justo. Sin embargo, como lo justo no es precisamente un valor constante e inmutable, los estudios jurídicos deben proveer al juez de técnica que le permitan acceder al sentido de justicia reconocido por la sociedad y el tiempo en donde se va a expedir la decisión. Para el jurista y procesalista peruano JUAN MONROY GALVEZ atrás de esta elección metodológica, hay una dialéctica judicial.

2. EL RAZONAMIENTO JURIDICO EN EL DERECHO CONTEMPORANEO.

Dentro de las etapas del razonamiento jurídico encontramos una primera etapa que podemos denominar **ANALÍTICA**, que comprende la **interpretación de**

⁸ GEORGE NOVACK en su obra “Introducción a la lógica, Lógica formal y lógica dialéctica” al explicar la diferencia en la forma de abordar la realidad entre la lógica formal y la lógica dialéctica, explica que *...la dialéctica se basa en una óptica totalmente distinta, y tiene una perspectiva distinta ante la realidad y sus formas cambiantes. La dialéctica es la lógica del movimiento, de la evolución, del cambio. La realidad está demasiado llena de contradicciones, es demasiado evasiva, demasiado mutable para que se la pueda atrapar dentro de una forma simple o de una simple fórmula o conjunto de fórmulas...* Pero aclara el autor que esto no significa en absoluto que la dialéctica no esté sujeta a leyes, ni que esas leyes no puedan establecerse en términos claros.

literalidad de la ley tras la Revolución francesa, y con ella, bajo la influencia de MONTESQUIEU, se da la implantación del principio de primacía de la ley. La doctrina revolucionaria, de acuerdo con el dogma de la separación de poderes, distinguía claramente la creación de la norma encargada al órgano legislativo, de su mera aplicación, encomendada al judicial. De acuerdo con este esquema, se establece la exigencia de la motivación de las resoluciones, el juez en el estado de derecho no solo decide sino que además debe motivar su decisión.

Una segunda etapa, que podemos denominar **CUASI-DIALECTICA**, busca además del texto literal de la ley, una “**significación legislativa**” para la razón normativa (justicia), descubriendo la voluntad, lo que quiso el legislador.

A partir del año 1945 podemos hablar de una tercera etapa a la que denominaremos **DIALECTICA**⁹, en ella se busca una solución equitativa para la correspondencia del sistema jurídico, **interesado en lo justo al caso concreto**. Verdad y justicia aparecen así estrechamente vinculadas, tanto en el proceso filosófico como en el jurídico. Una dialéctica jurídicamente comprometida es, en realidad, lógica jurídica o lógica del razonamiento de los juristas¹⁰.

RECASENS SICHES propugna la “lógica de lo razonable”, se sitúa también abiertamente en el campo de los partidarios de expulsar la lógica formal del tratamiento de los problemas humanos y, concretamente, de los jurídicos. Para entender su pensamiento, conviene no olvidar que éste distingue claramente entre lo que llama lógica y ontología formal del Derecho y lógica material del Derecho, que es el logos de los contenidos de las normas jurídicas. Su lucha por una “lógica de lo razonable” se centra en este segundo ámbito; pero admite expresamente

⁹ Manuel Atienza en su libro *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, p. 95 comenta que esta etapa...*se caracterizaría por el rechazo del positivismo jurídico y la adopción de un modelo tópico de razonamiento jurídico*.

¹⁰ CHAIM PERELMAN en su “Nueva retórica” y la “teoría de la argumentación” sostiene el carácter anti formalista de la lógica jurídica, cuyas pruebas son argumentativas y justificativas. La teoría de la argumentación tiene su modelo en el razonamiento jurídico. El Derecho es “un modelo de razonamiento digno del interés del lógico” (*Le raisonnement juridique*, en *Le champ de l’argumentation*, p. 188, citado por Luis Legaz y Lacambra, *Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica*. En: “Anuario de Filosofía del Derecho”, Madrid, 1975, Tomo XVIII, p. 23).

que la lógica formal *tiene sólido fundamento y entera justificación dentro de su propia área*, aunque limitada por su significación y función específicas¹¹.

Lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años 50 que comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos¹². Lógica jurídica podrá ser también la *lógica de la formación de conceptos jurídicos*, porque toda formación de conceptos tiene su lógica propia: la lógica formal y la lógica de lo razonable tienen que ir estrechamente vinculadas.

Una cuarta etapa, que denominamos **tendencia sociológica hacia la desnormativización**, supone una verdadera elaboración en temas opinables respecto a las **fuentes de la decisión judicial**. Habría que mencionar entre ellos, los siguientes elementos: ético (moral), psicológico (manera de ser), ideológico (manera de pensar), casuístico (situación concreta), sistemático normativo (conocimiento del derecho), consensual (exige esa decisión como la más convincente), lógico (según puedo demostrar)¹³.

La decisión judicial debe ser razonable. El intérprete de los derechos fundamentales debe orientarse también al resultado “justo”, “razonable”¹⁴. En el plano de la búsqueda de sentencias justas, necesitamos examinar **los pasos en un proceso de argumentación jurídica**:

- a. Hay que identificar cuál es el problema a resolver, esto es, en qué sentido nos encontramos ante un caso difícil. De acuerdo a MACCORMICK, puede partirse de estos cuatro tipos de problemas jurídicos: **problemas de relevancia**, que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso;

¹¹ Luis Legaz y Lacambra, Ob. Cit., p. 27.

¹² Ver Manuel Atienza, Ob. Cit., p. 49.

¹³ Luis Legaz y Lacambra, Ob. Cit. p. 35: *El esqueleto del razonamiento es la lógica formal. La lógica formal pertenece, pues, lógico-formalmente, o sea, por necesidad lógica, al razonamiento jurídico. Pero no lo agota y es conveniente y razonable llamar lógica jurídica no sólo a lo que en el razonamiento jurídico hay de lógica formal -precisamente porque es “lógica” pura y simple con escasa dosis de especificidad jurídica- sino a todo lo demás que hace el jurista que busca, por medios intelectuales adecuados o no, una solución justa y razonable a los conflictos y controversias humanas....*” (Ob. Cit., p. 35).

¹⁴ Manuel Atienza Ob. Cit. pp. 243-247.

problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso; **problemas de prueba**, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; **problemas de calificación**, que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

- b. Hay que determinar si el mismo surge por una insuficiencia de información (esto es, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (la norma aplicable puede, en principio, entenderse de varias maneras que resultan ser incompatibles entre sí). Cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso de tipo deductivo. Pero, normalmente, necesitamos argumentar en aquellas situaciones en que la información de las premisas es deficitaria, o bien excesiva (no en el sentido de redundante, sino en el de contradictoria) para poder llegar a la conclusión deseada.
- c. Hay que construir hipótesis de solución para el problema, esto es, hay que construir nuevas premisas, para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación a la conclusión.
- d. Hay que pasar a justificar las hipótesis de solución formuladas, es decir, hay que presentar argumentos en favor de la interpretación propuesta. Si se trata de un problema de insuficiencia de información, la argumentación se puede llamar, en sentido amplio, analógica. Si se tratara de un problema de exceso de información, la argumentación tendrá lugar mediante el esquema de la *reductio ad absurdum*, que trata de mostrar que determinadas interpretaciones no son posibles, porque llevarían a consecuencias fácticas como normativas inaceptables.

- e. Finalmente, el último paso con el que se termina el modelo es el que va de las nuevas premisas a la conclusión. Se trata del esquema de justificación interna, que puede considerarse como el fragmento final de todo proceso de argumentación jurídica.

La teoría de la argumentación jurídica es un tópico que viene adquiriendo notable protagonismo en lo concerniente a la interpretación constitucional y a la fundamentación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Constitucional. La configuración actual de la teoría de la argumentación jurídica es producto de la evolución y sintetización de distintas corrientes predecesoras. La teoría que puede considerarse dominante es la de la argumentación jurídica de ROBERT ALEXY, quien en su tesis doctoral del año 1978 estableció las bases de la actual y moderna argumentación jurídica¹⁵. Este autor conjuntamente con Neil MACCORMICK, son considerados como los filósofos jurídicos contemporáneos cuyas teorías de la argumentación han tenido mayor aceptación y difusión. La teoría de éste último, al igual que la de ALEXY, se ubica en un punto medio entre la razón práctica y el subjetivismo decisorio, es decir, entre el ultra racionalismo y el irracionalismo¹⁶. MACCORMICK señala también la existencia de casos fáciles y casos difíciles, en los primeros, la decisión se tomará por medio de la aplicación de un razonamiento deductivo, es decir, a través de un silogismo jurídico. Es en el segundo caso en el que se necesita una argumentación racional que permita fundamentar una decisión correcta, más allá de las limitaciones que el razonamiento deductivo tiene¹⁷.

La teoría de la nueva retórica tiene en CHAIM PERELMAN a su principal exponente. Este modelo y el de la tónica de VIEHWEG, constituyen los

¹⁵ Otras teorías de la argumentación que han tenido relevancia son las propuestas por Aulis Aarnio quien desarrolla su pensamiento de la argumentación jurídica sobre la base de la exigencia de la razonabilidad del resultado argumentativo, señalando: *No decimos que el proceso de razonamiento es razonable, sino que hablamos del resultado razonable de la interpretación (...) para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica*". Lo racional como razonable. CEPC. Madrid, 1991, página 247; citado por Jorge Alexander Portocarrero Quispe, La teoría de la argumentación y decisión jurídica. En: Revista Gaceta Constitucional N° 27, Marzo 2010, p. 250.

¹⁶ MacCormick, N. Legal Reasoning Legal Theory. Oxford University Press, Oxford, 1978, p. 265; cit. por Jorge Alexander Portocarrero Quispe, Ob. Cit., p. 251.

¹⁷ Ob. Cit. p. 252.

antecedentes directos de la moderna teoría de la argumentación. PERELMAN parte de una revaloración del papel que cumple la retórica en la argumentación. Así, sostiene que las decisiones deben convencer al auditorio –a los destinatarios de estas– de su corrección por medio de un razonamiento dialéctico o retórico. Su concepto de auditorio, es el conjunto de aquellos sobre los que el orador quiere influir por medio de su argumentación. Para PERELMAN, la argumentación jurídica no está basada en la lógica deductiva o demostrativa, sostiene que en ella, nada es “necesariamente” correcto sino *posiblemente correcto*¹⁸.

Según WRÓBLEWSKY hay tres técnicas para resolver un proceso:

- a. **La ortodoxa:** Aplicación mecánica de los enunciados normativos (silogismo).
- b. **La libre:** El Juez decide cuáles son las fuentes adecuadas a ser empleadas para resolver un caso, atendiendo a intereses y políticas sociales vigentes; y
- c. **La legal y racional:** El Juez fundamenta su decisión en el derecho vigente y válido y, además, justifica racionalmente su decisión.

Señala el profesor JUAN MONROY al abordar el tema del proceso de aplicación judicial del derecho, que contemporáneamente se asume la técnica c. es decir, una vez que los jueces tienen enunciados normativos y hechos, justifican su decisión con argumentos surgidos de ambos, empleando su racionalidad. La actividad judicial es esencialmente justificatoria.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La concepción de los derechos fundamentales como un conjunto de normas objetivas supremas del ordenamiento jurídico tiene una importancia capital y no sólo teórica, para las tareas del Estado. De ahí deviene que cualquier poder del Estado tiene una obligación (negativa) de abstenerse de injerencias en el ámbito protegido por los derechos fundamentales, como también una obligación (positiva)

¹⁸ Ob. Cit. p. 252.

de llevar a cabo todo lo que sea necesario para la realización de los mismos, inclusive cuando no se refiera a una pretensión subjetiva de los ciudadanos¹⁹.

El término “derechos fundamentales”, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia el año 1770 en el marco de un movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania tras la Constitución de Weimar de 1919, cuya concepción acerca de los derechos fundamentales, parte de un extremado positivismo jurídico, que entendía los derechos -como recordara OTTO BACHOF- no como seguridades y garantías de un orden de valores. Otro hito fue la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania promulgada en el año 1949. Debemos señalar que la expresión “derechos fundamentales” y su formulación jurídico-positiva como derechos constitucionales son un fenómeno relativamente reciente.

El constitucionalista español FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO nos brinda un dato trascendente en cuanto a las **bases teóricas de la consideración de los derechos fundamentales**:

...RUDOLF SMEND contribuiría a sentar las bases de una interpretación más profunda de los derechos fundamentales, gracias a su 'teoría de la integración'. SMEND verá en los derechos fundamentales un medio de integración objetiva, lo que justificará en que los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución...Poco tiempo después de formular tales reflexiones, en su conocida conferencia pronunciada en la Universidad "Friedrich Wilhelm" de Berlín, el 18 de enero de 1933, SMEND llegará a sus últimas conclusiones al afirmar que la esfera de los derechos fundamentales emerge 'no como una barrera o reserva

¹⁹ K. Hesse, Significado de los derechos fundamentales, en Manual de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 95, número de margen 23; citado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional. Lima Comunitas, 2008, p. 141.

*que separe al ciudadano del Estado, sino como lazo de unión con él, como fundamento de su adecuación política.*²⁰

Siguiendo su razonamiento, RUDOLF SMEND señala:

*Lo característico de los procesos integradores de una comunidad determinada reside en que dichos procesos son generalmente procesos que producen, actualizan, renuevan o desarrollan la sustancia espiritual de la comunidad, que es precisamente lo que constituye su contenido objetivo.*²¹

*La “Bonner Grundgesetz” (Ley Fundamental de Bonn) haría suya la nueva concepción de los derechos fundamentales en su artículo 1.º.2, en el que se reconocían los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, para, de inmediato, enunciar (artículo 1.º.3) el **principio de vinculatoriedad**: Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable.*

Desde el punto de vista de su contenido, tanto en su parte de derechos fundamentales como en la formulación de sus normas de organización jurídica, la Ley Fundamental fue el resultado del conocimiento de que la primera Constitución democrática alemana, la Constitución del Reich de Weimar (CRW), sancionada en 1919, no había ofrecido la garantía suficiente para el desarrollo de una democracia estable y de un orden orientado por principios sustantivos de justicia (...) Los derechos fundamentales son concebidos como derechos de defensa frente al Estado. La esfera de libertad de los individuos que aquéllos garantizan es, en principio, concebida como ilimitada, mientras que las intervenciones del Estado deben ser justificadas (...) Finalmente, el

²⁰ El Sistema Constitucional Español, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, p. 160.

²¹ Constitución y Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 80.

*propio artículo 19.4 establece un Derecho procesal como derecho fundamental formal que garantiza la tutela judicial frente a violaciones del derecho por parte del poder estatal y, de esta manera, puede contribuir a la efectivización de derechos individuales.*²²

Los derechos fundamentales son auténticos derechos subjetivos a los que el ordenamiento jurídico distingue de los derechos subjetivos ordinarios mediante un tratamiento normativo y procesal privilegiado. Son derechos privilegiados y vienen determinados positivamente, esto es, concretados y protegidos especialmente por normas de mayor rango.

En el horizonte del constitucionalismo actual, se destaca la doble función de los derechos fundamentales²³:

- a. En el plano **subjetivo** siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad,
- b. Mientras que en el **objetivo** han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.

ALFREDO GALLEGOS ANABITARTE respecto al carácter jurídico-objetivo nos dice: “...significa que éstos son principios o valores superiores del ordenamiento jurídico y que, como tales, suponen una obligación para el Estado de actuar positivamente”.²⁴

El Tribunal Constitucional Español mediante sentencia de 14 de julio de 1981 desarrolla con extensión el carácter dualista subjetivo y objetivo, que tienen los derechos fundamentales:

²² Ley Fundamental para la República Federal de Alemania. Bonn, Editado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, 1997, pp. 16-18.

²³ Antonio Pérez Luño, Los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1995, p. 25.

²⁴ Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1994, pp. 39-40.

*...En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho...*²⁵.

La protección de los derechos fundamentales quedaría en entredicho de no hallarse previstos instrumentos normativos de garantía dirigidos a evitar la alteración de su contenido.

El profesor LUIGI FERRAJOLI propone una definición **teórica**, puramente **formal** o **estructural**, de derechos fundamentales: son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²⁶ El mismo autor, analiza las figuras de los “derechos fundamentales” y “derechos patrimoniales”, y descubre que entre ellas existen claras diferencias estructurales.²⁷

- a. La primera diferencia consiste en el hecho de que los derechos fundamentales son derechos universales (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales -del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito- son derechos singulares (*singuli*), en

²⁵ Citada por Gallego Anabitarte, en Ob. Cit., p. 243.

²⁶ Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 1999, p. 37.

²⁷ Ibídem, pp. 46-47-48-49.

el sentido asimismo lógico de que para cada uno ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás.

- b. Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales -de la propiedad privada a los derechos de crédito- son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.
- c. La tercera diferencia, también formal para comprender la estructura del Estado constitucional de derecho. Mientras los derechos patrimoniales son, por así decir, **horizontales**, los derechos fundamentales son, también por decirlo de algún modo, **verticales**.

Para CARL SCHMITT, los derechos fundamentales, en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado.²⁸

La sujeción del juez a la ley no es a la letra de la misma, como en el viejo paradigma positivista, sino sujeción en cuanto es válida, es decir coherente con la Constitución. En la interpretación judicial deberá elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. En su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo.²⁹

El principio hermenéutico "*favor libertatis*", significa que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible. Sin embargo, actualmente se acepta que en su mayoría los derechos fundamentales no gozan de carácter absoluto, pues los mismos se encuentran sujetos a determinados límites "razonables" que deben ser adecuadamente justificados. KLAUS STERN

²⁸ CARL SCHMITT. Teoría de la Constitución. Madrid, Editorial Alianza Editorial, 1982, p. 170.

²⁹ Ibidem, p. 26.

ha sostenido que la fijación de límites a los derechos fundamentales figura entre las partes más difíciles y más discutidas del sistema jurídico de los derechos fundamentales³⁰.

4. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO.

El contenido esencial está constituido por los elementos mínimos que hacen al derecho reconocible, y su presencia hace que no se convierta en algo desnaturalizado. El núcleo esencial de un derecho es aquél que permite identificar el derecho como tal. El constitucionalista peruano FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI establece que el contenido esencial de los derechos se refiere básicamente a que, cuando el legislador dicta una ley que desarrolla el alcance de un derecho constitucional, **no puede desnaturalizarlo** o trasgredir lo fundamental de ese derecho.

La garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn ha hecho fortuna en una serie de constituciones nacidas con posterioridad a 1945. Cláusulas semejantes están contenidas en las constituciones española, portuguesa y de algunos cantones suizos.

Habiéndose señalado como inspirador del mismo el artículo 19.2 de la Ley Fundamental del Bonn (que en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia), ¿cuál ha de ser el contenido esencial del derecho a la jurisdicción? ¿de qué elemento tendrá que venir constituido para considerar que se respeta el mandato constitucional? Tales elementos afectan, a opinión de LUIS FRIGOL FERNANDEZ-VILLAVARDE, a los sujetos titulares del derecho a la jurisdicción, al objeto del mismo y a la actividad que precisamente se promueve con su ejercicio.³¹

Se entenderá por **efectividad de los derechos fundamentales** los mecanismos de realización jurisdiccional de estos derechos. En cuanto a la identidad de los

³⁰ Citado por SAMUEL ABAD YUPANQUI, Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar, En: Rev. Thémis, No. 21, 1992, p. 8.

³¹ La protección de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento español, Madrid, Editorial Montecorvo, 1981, p. 66.

derechos fundamentales, no sólo cabe hablar de un “contenido esencial” de cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerados, sino también habría un “contenido esencial” de los derechos fundamentales en su conjunto. Sin tutela judicial no hay Derecho ni, en consecuencia, derecho fundamental.³²

La Constitución española, por directa inspiración del artículo 19.2 de Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, garantiza, en su artículo 53.1, junto a la reserva de la ley para regular los derechos fundamentales consagrados en el Capítulo II de su Título I, la exigencia de que dicho desarrollo legislativo respete, en todo caso, el contenido esencial de tales derechos.

ANTONIO PEREZ LUÑO nos refiere que el Tribunal Constitucional Español ha distinguido dos acepciones de la noción del contenido esencial: la primera equivale a la “naturaleza de cada derecho” que se considera preexistente al momento legislativo; la segunda corresponde a “...*los intereses jurídicamente protegidos, en el sentido de que lesionaría el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*”³³

En el ordenamiento constitucional italiano, el problema de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales presenta la particularidad que, contrariamente al artículo 19 apartado 2.1.f), de la Constitución de la República Federal Alemana y al artículo 53, apartado 1, de la Constitución Española, ninguna disposición constitucional impone el respeto del “contenido esencial” de los derechos reconocidos constitucionalmente. Esto no quiere decir que en Italia no haya derechos fundamentales o que no se tutele el contenido esencial de éstos. La ausencia de una disposición en vez de constituir una característica negativa del ordenamiento, es apreciada de manera positiva. ALEJANDRO PACE considera que la ausencia de una disposición semejante implica (al menos en teoría) que el Legislador ordinario no está autorizado a distinguir lo que es esencial, de lo que no

³² CRUZ VILLALON, Pedro. El legislador de los derechos fundamentales. En: La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia. Director de la edición Antonio López Pina. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1991, p. 127.

³³ Los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1995, p. 77.

lo es en el contenido de un derecho constitucionalmente reconocido. Califica, específicamente como **inviolables**: la libertad personal (artículo 13, apartado 1), el domicilio (artículo 14, apartado 1), la libertad y la intimidad de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación privada (artículo 15, apartado 1), y el derecho de defensa (artículo 24, apartado 2).³⁴

Desde el punto de vista procesal, los derechos fundamentales no gozan en el ordenamiento italiano de ninguna forma peculiar de tutela. El precepto fundamental es el contenido en el artículo 24, apartado 1, según el cual, “...*todos pueden proceder en juicio para la tutela de sus derechos e intereses*”.

En Francia, ocupa una posición original, menos avanzada, si bien se admite un retraso en lo que a doctrina o teoría de los derechos fundamentales respecta, **existe una originalidad de la condición francesa**. A diferencia de lo que sucede en las Constituciones alemana, italiana y española, donde los derechos fundamentales están insertos en el texto constitucional, en Francia están en una situación totalmente diferente, pues si bien la Constitución data aproximadamente de la misma época (1958), no contiene nada al respecto. **No hay Declaración de Derechos y no hay precepto alguno sobre la forma de interpretar los derechos fundamentales. En Francia la interpretación del Juez goza de una singular condición, dado que será el mismo quien genere la fuerza normativa**. Es el Consejo Constitucional que, mediante su interpretación, ha creado la protección constitucional. En Alemania, en Italia y en España, ésta ha venido dada por el propio constituyente. En Francia, en cambio, fue construida en 1971 por el Consejo Constitucional, mediante un “golpe de audacia”, que con una sola sentencia dotó a Francia de una declaración de derechos consistente en la aplicación del Preámbulo de la Constitución.³⁵

En principio, todos los derechos fundamentales consagrados por la declaración de derechos del hombre de 1789, los principios generales reconocidos por las leyes

³⁴ El legislador de los derechos fundamentales. En: *Ibidem*, pp. 76 y 77.

³⁵ LUIS FAVOREU. La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. En: *Ibidem*, pp. 297-298-299.

de la República, el Preámbulo de 1946 y la Constitución de 1958, tienen valor constitucional y, por tanto, se hallan en la cúspide de la jerarquía normativa. En Francia, la interpretación plantea problemas particularmente delicados, dado que los derechos fundamentales están contenidos en textos de diversos orígenes históricos.³⁶

Finalmente es de observar, como lo anota IGNACIO DE OTTO Y PARDO, que la garantía del contenido esencial, entendida como límite de los límites, no es privativa de los derechos fundamentales, sino común a cualquier norma constitucional, a cualquier bien constitucionalmente protegido, que podría retroceder ante cualquier otro también constitucional, en virtud del **principio de unidad práctica de la Constitución**.³⁷

5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION PERUANA.

La Constitución Política de 1993 recoge los derechos fundamentales de la persona en el artículo 2 (derecho a la vida, integridad y seguridad personal, libertad de conciencia, de información, opinión y expresión, de inviolabilidad del domicilio y comunicaciones, de reunión, de asociación, de contratación, de trabajo, etc.) Esta es una enumeración enunciativa, pues el artículo 3 deja abierto el reconocimiento a otros derechos ya que expresa que la enumeración de los derechos fundamentales de la persona establecidos en el primer capítulo “...*no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza **análoga** o que **se fundan en la dignidad del hombre**, o en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*” Este artículo (refiriéndose a su antecedente el artículo 4 de la Constitución de 1979), según CARLOS FERNANDEZ SESAREGO, es ejemplar dentro del constitucionalismo comparado, ya que encierra el principio general de tutela unitaria e integral de la persona. En esta norma, que opera como cláusula general

³⁶ MIGUEL FROMONT. La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. En: Idídem, pp. 307-308.

³⁷ Derechos Fundamentales y Constitución, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1992, p.127.

y abierta, los jueces tienen el fundamento para proteger cualquier interés de la persona ante la presencia de una laguna legal.³⁸

Por su parte ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS nos dice que el artículo 4 de la Constitución de 1979, con más propiedad, usó la fórmula “derechos reconocidos” y no la que emplea la Carta de 1993 “derechos establecidos”, que es pretenciosa e inexacta. En materia de derechos humanos, las constituciones no “establecen” nada; simplemente reconocen derechos anteriores intrínsecos a la persona humana, a los que dan protección jurídica.³⁹

El capítulo 2 del título primero trata de los derechos sociales y económicos. Los derechos políticos y los deberes son tratados en el capítulo 3 del título primero: estos derechos son los que han sido reforzados por esta Constitución con la inclusión de derechos de tercera generación.

6. EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

Mediante el término “neoconstitucionalismo” se hace referencia a los cambios experimentados en el ámbito jurídico y político con la entrada en vigor de las constituciones elaboradas a partir de la II Guerra Mundial en la Europa continental, tales como la italiana de 1947, la alemana de 1949 o, más recientemente, la portuguesa de 1976 y la española de 1978. Se sostiene la tesis que la Constitución encarna un orden objetivo de valores, fija contenidos materiales a cuyo respeto y realización efectiva está vinculada la actividad de los poderes del Estado.

LUIS PRIETO SANCHÍS sostiene que el Estado constitucional de Derecho parece reclamar una nueva teoría del Derecho, una nueva explicación que se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico. El constitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejada del legalismo, una nueva teoría de la norma

³⁸ El derecho a la identidad personal. En: Tendencias Actuales y Perspectivas del derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1990, p. 97.

³⁹ La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima, Constitución y Sociedad ICS, 1996, p. 155.

que dé entrada al problema de los principios, y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional.⁴⁰

Se pone de relieve el empeño actual en la superación de la tesis positivista de la discrecionalidad, por ampliar las fronteras de la racionalidad jurídica, que resulta tanto más necesaria cuando más nos alejamos de las reglas y nos acercamos a los principios, pues ante ellos el papel que asume el intérprete “...solo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional.”⁴¹

El mismo autor señala:

*...No existe una teoría de la interpretación anterior al neoconstitucionalismo, ni tampoco una sola alentada o fundada en el mismo; desde el positivismo, en efecto, se ha mantenido tanto la tesis de la unidad de respuesta correcta (el llamado paleopositivismo), como la tesis de la discrecionalidad (Kelsen, Hart); y desde el constitucionalismo, o asumiendo las consecuencias del mismo, resulta posible encontrar también defensores de la unidad de solución correcta (Dworkin), de la discrecionalidad débil (Alexy) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini, Comanducci)...*⁴²

Al referirse a la ponderación, discrecionalidad y democracia afirma:

No creo que pueda negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta un juicio de ponderación (...) Como ha demostrado contundentemente Comanducci, los principios no disminuyen, sino que incrementan la indeterminación del Derecho, al menos la indeterminación ex ante que es la única que aquí interesa. Ni los jueces –tampoco la sociedad- comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un

⁴⁰ Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima, Palestra Editores, 2002, pp. 120 y 155.

⁴¹ Michele Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standar*”, en *L’analisi del ragionamento giuridico*, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giapichelli, Torino, 1989, p. 315; citado por Luis Prieto Sanchís. *Constitucionalismo y Positivismo*. México, Fontamara, 2005, Segunda reimpresión, p. 43.

⁴² Ob. Cit., p. 126.

sistema consistente de Derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave en el caso de la ponderación donde las ‘circunstancias del caso’ que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediabilmente en un juicio de valor. ⁴³

Uno de los postulados que destacan dentro del neoconstitucionalismo, en lo que se ha venido en llamar su dimensión metodológica, consiste en la defensa del método de ponderación. Miguel Carbonell identifica el neoconstitucionalismo como un fenómeno reciente en el ámbito de la cultura jurídica española e italiana, y en diversos países latinoamericanos. Menciona Carbonell los aportes de RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY, GUSTAVO ZAGREBELSKY, CARLOS SANTIAGO NINO, LUIS PIETRO SANCHÍS Y LUIGI FERRAJOLI. Más allá de estas referencias se ocupan de tópicos relacionados, ocasionalmente desde una perspectiva crítica, JOSÉ JUAN MORESO, PAOLO COMANDUCCI, ALEXEI JULIO ESTRADA, RICCARDO GUASTINI, ALFONSO GARCÍA FIGUEROA. La obra del alemán PETER HÄBERLE se incorpora entre estos autores.

7. LA TUTELA JURISDICCIONAL DESDE EL PLANO CONSTITUCIONAL.

El profesor brasileño CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA en su obra “Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional” señala que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución constituyen situaciones subjetivas “instrumentales”, cuyo “reforzamiento” constitucional no tendría ningún significado si las correspondientes garantías no permitieran restaurarlas integralmente en el caso concreto. El propio concepto de inviolabilidad de los derechos fundamentales se agotaría en una estéril abstracción si a la *posibilidad de violación* no correspondiera la *posibilidad de tutela* de la situación subjetiva violada (tutela, agrego, que debe ser efectiva y otorgada en tiempo razonable). A la posibilidad de

⁴³ Ob. Cit., pp. 147-146.

violación debe corresponder la posibilidad de tutela efectiva de la situación subjetiva.⁴⁴

Agrega ALVARO DE OLIVEIRA que:

*... El derecho subjetivo público, debido a su abstracción, no explica suficientemente el fenómeno de la tutela jurisdiccional y sus relaciones con el derecho material. (...) La concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas supremas del ordenamiento jurídico tiene una importancia capital, no sólo teórica, para las tareas del Estado. De ahí proviene que cualquier poder del Estado tiene una obligación (negativa) de abstenerse de injerencias en el ámbito protegido por los derechos fundamentales, como también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo lo que sea necesario para la realización de los derechos fundamentales, inclusive cuando no se refiera a una pretensión subjetiva de los ciudadanos.*⁴⁵

Un tema relevante sin duda es la **relación del proceso con el derecho material**, dado que el proceso, como lo señala ALVARO DE OLIVEIRA, no es *meramente instrumental* (tal como lo destacó la concepción instrumentalista del proceso, concebida a mediados del siglo pasado), pues revela un valor propio, al establecer, las formas, inclusive las de tutela, por medio de las cuales se puede tornar efectivo el derecho material, sin perjuicio de la eficacia y de los efectos propios de la actividad jurisdiccional⁴⁶. Todo el proceso está impregnado del derecho material, dado que el demandante alega hechos jurídicamente relevantes, por lo que la tutela jurisdiccional debe ser entendida como tutela efectiva de derechos o de situaciones jurídicas por el proceso. Por ello, el concepto de tutela jurisdiccional más apropiado, es hablar de **defensa o protección del patrimonio jurídico**, para abarcar también el fenómeno de la tutela declarativa negativa, destinada exactamente a declarar la inexistencia del derecho.

⁴⁴ Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padua: Cedam, 1970, pp. 86 y 87; citado por Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto, Ob. Cit., pp. 139-140.

⁴⁵ Ob. Cit., pp. 140-141.

⁴⁶ Ob. Cit., p. 156.

En el momento actual, asistimos a una transformación institucional de la Justicia desde el punto de vista constitucional a nivel mundial, en razón básicamente a tres factores: a. Las Constituciones han adquirido fuerza normativa y de plena eficacia (entendida no solo como norma política sino como norma jurídica); b. El desarrollo del Poder Judicial está vinculado con la puesta en valor de los derechos fundamentales. De ahí que el rol del Juez sea entendido ya no únicamente en la aplicación de la ley al caso concreto sino como **garante de los derechos fundamentales**, que le otorga una amplitud para resolver; c. Apertura de las Constituciones a los ordenamientos supranacionales. Por tanto, los estudios de derecho procesal tienen que ser analizados en clave constitucional.

CAPÍTULO 2: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA DOCTRINA.

Sumario: 1. Antecedentes y concepto. 2. Las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. 3. Del formalismo-valorativo en el Proceso Civil. 4. Tutela jurisdiccional ordinaria y tutela jurisdiccional diferenciada contemporánea. 5. Reforma constitucional.

1. Antecedentes y concepto.

En la experiencia jurídica, el resumen procesal se da a través de tres construcciones teóricas: derecho – tutela – eficacia. De esa manera tenemos que:

- El derecho regula la relación de los ciudadanos con el Estado.
- La tutela es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas.
- La eficacia es la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas.

El proceso es un instrumento de tutela del Derecho, de modo que si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con él sucumbe inexorablemente el derecho de los justiciables. Existe entonces, la necesidad de cuidar el normal desarrollo del proceso.

GOLDSCHMIDT, precursor del derecho judicial, citado por EDUARDO COUTURE en su obra “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”⁴⁷, sostenía que las funciones del proceso son tres: a) esencialmente lógico-teórica encaminada a determinar lo que en cada caso es justo; b) esencialmente práctica al ejecutar lo que se ha reconocido como derecho; y c) tuteladora al materializar la realidad de la acción procesal o pretensión de tutela jurídica.

COUTURE establece que por tutela judicial se entiende, particularmente en el léxico

⁴⁷ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 145-147.

de la escuela alemana de donde proviene a partir del derecho justicial, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la plena vigencia de las normas jurídicas; es decir, la misma idea que anima el origen y finalidad del proceso judicial.

Debemos partir de la posición aceptada por la doctrina procesal que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se constituyen en respuestas óptimas a situaciones procesales diversas con problemas comunes. Por un lado la Tutela Jurisdiccional Efectiva es propia de un sistema de derecho occidental, que involucra a la vieja Europa, de donde surge el sistema románico-germánico, en contraposición básicamente al derecho surgido en la isla británica (*Common Law*). La constitucionalización expresa del “derecho a la tutela judicial de los derechos” desarrolla una idea dominante en las Constituciones nacidas de la trágica experiencia del conflicto mundial. La tutela jurisdiccional efectiva surge en una tradición donde el Derecho evoluciona sobre la base de la doctrina.

El sistema anglosajón acuñó, como es sabido, el concepto del debido proceso legal y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, en larga tarea de consolidación y ajuste, le ha impuesto, sucesivamente, una entonación constitucional-legal-funcional, de efectiva vigencia en la práctica. El debido proceso en la jurisprudencia norteamericana actual representa el final de ese largo desarrollo donde pasó de ser concebido como un conjunto limitado de procedimientos que el *Common Law* anglosajón exigía al soberano cumplir antes de afectar un determinado derecho para convertirse en el instrumento fundamental a partir del cual se desarrollará un amplio conjunto de garantías de rango constitucional que los gobiernos deben observar antes de afectar un interés referido a los derechos de vida, propiedad y libertad. Aquello que la Corte buscará es la determinación de los procedimientos de tutela en función de lo que J. MATHEWS llamó en *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1866) “*principios fundamentales de libertad y justicia*” en los cuales se aplicará la protección del

debido proceso.⁴⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado diversas expresiones para referirse al asunto que ahora interesa: garantías procesales, tutela procesal efectiva, debido proceso, por ejemplo, aun cuando no se trata –conforme a un análisis exigente- de términos sinónimos. JOSÉ CAFFERATA NORES deslinda debido proceso de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

*[la]...identificación resulta inadecuada, no sólo porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia-, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares.*⁴⁹

Un sector de la doctrina nacional señala que la tutela jurisdiccional y el debido proceso tienen finalidades distintas y por ende pueden convivir en un mismo ordenamiento afirmando que es cierto que el derecho al debido proceso es más amplio que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puesto que es aplicable a todo procedimiento, pero de ello no puede colegirse que lo englobe; esta tutela jurisdiccional efectiva se viene a convertir por el contrario en la **principal garantía fundamental dentro de un proceso jurisdiccional**. Y es que provienen de tradiciones distintas, y a distintas finalidades también conllevan. La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del

⁴⁸De Bernardis, Luis Marcelo. *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1995, , N.º 1, pp. 275-276-289.

⁴⁹ *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Centro de Estudios Legales y Sociales, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, página 185. Citado por García Ramírez, Sergio. *Elementos del Debido Proceso en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Año VI .- N° 9, 2006, p. 45.

cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin: es por ello que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sólo es aplicable dentro del proceso judicial. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite que el proceso cumpla con sus fines. En esa posición que compartimos se señala:

*Mientras la tutela jurisdiccional efectiva tiene como finalidad la satisfacción de los intereses de los particulares a través de un proceso; el derecho al debido proceso será ese conjunto de garantías procesales que debe contar todo particular en todo tipo de procedimiento sea este jurisdiccional o no. Es decir, el derecho a la tutela jurisdiccional sería una visión de unión entre derecho sustancial y proceso judicial. Se quiere que las situaciones jurídicas sean efectivas; se den en el plano real. Y ello se da precisamente tan sólo través de un proceso jurisdiccional. El debido proceso por el contrario, sería un sinónimo de respeto a garantías procesales.*⁵⁰

En el diseño del Código Procesal Constitucional se condensa en una categoría “tutela procesal efectiva”, los institutos de la tutela jurisdiccional y el debido proceso consignados en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política. La llamada tutela procesal efectiva que desde la mirada formalista del Código abarca las dos instituciones constitucionales mencionadas.

En el fondo, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional no puede ser obviado como lamentablemente lo hace el Proyecto de Reforma Constitucional. El hacerlo, constituye un desconocimiento de nuestros legisladores ya que se trata de la herramienta necesaria para que dentro de un proceso judicial el particular pueda ver satisfechos sus intereses. No basta pues el proceso justo con garantías, sino que se hace necesario el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional

⁵⁰ Hernán Jordán Manrique, “Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional”, Revista de Derecho Foro Jurídico, Año II, N° 4, 2005, pp. 79 y 80.

efectiva.

El profesor español FRANCISCO CHAMORRO señala que se infringirá la tutela jurisdiccional efectiva en los siguientes casos:

...a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva. La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva puede producirse en múltiples formas, pero siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. Todas las demás infracciones o serán incumplimientos de legalidad ordinaria o, en su caso, serán incumplimientos de otras concretas garantías procesales, pero no derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva.⁵¹

Para que este derecho fundamental pueda ser considerado pleno, debe ser apreciado en toda su integridad. Por ello, el profesor Francisco Chamorro sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad:

a) La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. La tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional.

b) La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado.

c) La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.

⁵¹ La tutela judicial efectiva. Barcelona: Bosch, 1994, pp. 11 y 12.

d) La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada. (Ob. Cit., pp. 277-279).

En opinión de CESAR A. ARCE VILLAR,

*...Al finalizar el siglo XIX el concepto de debido proceso ganó profundidad y extensión. De mera garantía procesal, de resorte técnico procesal, comenzó a elevarse a la categoría de contenido estimativo y de recurso técnico axiológico [...] Debemos entender que el debido proceso no sólo es lo legal, sino fundamentalmente lo justo; su finalidad no sólo debe consistir en el respeto de las formas procesales sino también en la búsqueda permanente de la justicia como un valor supremo del derecho y de la vida en sociedad.*⁵²

El estudio de la relación entre Justicia y Derecho se encuentra presente desde muy antiguo, desde el inicio en que el hombre inicia la regulación jurídica de las relaciones intersubjetivas y advierte que a través de éstas no se realiza el ideal de justicia que tiene la Sociedad.

RADBRUCH, siguiendo la orientación de la escuela neokantiana de los valores, considera que:

*El Derecho es una realidad cultural que no puede definirse más que en función del valor que esa realidad aspira a realizar, y que es la justicia. El Derecho es un ensayo de realización de la justicia, aunque puede ser un ensayo fracasado. Derecho injusto es, pues, el Derecho fracasado en su intento de realizar la justicia y no un Derecho sin ninguna conexión con la justicia.*⁵³

Por nuestra parte, diremos que **el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está**

⁵² Arce Villar, Cesar A. En: *El debido proceso*, publicado en el diario oficial *El Peruano*, en su edición correspondiente al 26 de noviembre de 1996, p. B-9.

⁵³ Citado por de Bernardis, Luis Marcelo Ob. Cit., p. 317.

facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un “complejo de derechos”: derecho de acceso a la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el inciso tercero del artículo 139° de la Constitución Política y artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y cuya cualidad de “efectividad” se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, **es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.** La efectividad de la tutela jurisdiccional sin duda constituye el rasgo esencial de este derecho, de forma tal que una...*tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela.*⁵⁴

De acuerdo a la doctrina desarrollada por el profesor brasileño LUIZ GUILHERME MARINONI⁵⁵, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de **técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos.** Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el **derecho a la efectiva protección del derecho material**, del cual son deudores el legislador y el Juez. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva confiere el derecho al procedimiento (técnica procesal) realmente capaz de atender a los derechos, sea ante el Estado, sea ante los particulares. En el uso de la técnica cautelar, la expansión de la cautelar innominada significó un fenómeno de democratización del proceso, del acceso a la justicia y a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. Señala el autor:

⁵⁴ Chamorro Bernal, Francisco, La tutela judicial efectiva. Barcelona, Bosh, 1994, p. 276.

⁵⁵ Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima, Palestra Editores, 2007, Biblioteca de Derecho Procesal N° 5, p. 230.

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva –garantizado por el art. 5, XXXV, de la Constitución Federal- obviamente corresponde, en el caso del derecho no patrimonial, al derecho a una tutela capaz de impedir la violación del derecho. La acción inhibitoria, por tanto, es absolutamente indispensable en un ordenamiento que se funda en la ‘dignidad de la persona humana’ y que se empeña en garantizar realmente –y no sólo en proclamar- la inviolabilidad de los derechos de la personalidad...⁵⁶

...No hay que olvidar, cuando se piensa en el derecho a la efectividad en sentido lato, que la tutela jurisdiccional, debe ser oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva...⁵⁷.

Si el proceso puede ser visto como instrumento, es absurdo pensar en una neutralidad del proceso en relación al derecho material y a la realidad social.⁵⁸

Reafirmando su posición, el profesor MARINONI⁵⁹, sostiene:

En realidad, hay un derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional y, por tanto, un derecho fundamental a la tutela preventiva, el cual incide sobre el legislador (obligándole a instituir las técnicas procesales capaces de permitir la tutela preventiva) y sobre el juez (obligándole a interpretar las normas procesales de modo que no permita dejar de lado instrumentos procesales que realmente viabilicen la concesión de la tutela de prevención).

Recuérdese que el proceso declarativo no es capaz de conceder una tutela inhibitoria del ilícito, toda vez que solamente puede declarar una relación jurídica o, excepcionalmente, un hecho (art. 4°, CPC)...

⁵⁶ Ob. Cit., p. 87.

⁵⁷ Ob. Cit., p. 230.

⁵⁸ Ob. Cit., p. 236.

⁵⁹ Tutela Específica de los Derechos. Lima, Palestra Editores, 2008, Biblioteca de Derecho Procesal N° 8, p. 35.

La acción cautelar, por otro lado, por el hecho de necesitar de un proceso principal, también es inadecuada para proteger los derechos que dependen de la inhibición de un ilícito...⁶⁰.

Asumimos posición por la tesis doctrinaria según la cual el debido proceso forma parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformada por una serie de derechos que determinan su contenido. Esta serie de derechos comprende: derecho de acceso de la justicia, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El debido proceso es un derecho que surge en una tradición donde el Derecho evoluciona con los jueces a partir de decisiones jurisprudenciales (tradición jurídica del *Common Law*). El **derecho fundamental al debido proceso** es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. La doctrina y el derecho comparado distinguen dos dimensiones: el debido proceso sustantivo o sustancial (que exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o inclusive resoluciones judiciales, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosas de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos) y el debido proceso formal o procesal (que se trata de un derecho complejo de carácter procesal, compuesto por un conjunto de derechos esenciales, empezando por la garantía del juez natural, derecho de contradicción o defensa, derecho a probar, derecho a impugnar, derecho a una debida motivación, etc.) . Es aplicable no solo en sede judicial sino en los diferentes procedimientos administrativos e inclusive en los de tipo corporativo entre privado.

Las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva

⁶⁰ Ob. Cit., p. 35.

o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento establecido por ley, derecho de defensa, motivación resolutoria, doble grado, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).

Explica ANÍBAL QUIROGA LEÓN al abordar el concepto de la Tutela Jurisdiccional Efectiva que,

*...la tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales para evitar que el legislador ordinario instituya leyes procesales de modo tan irrazonables que, debido a bruscos cambios de la coyuntura política, virtualmente impida a las partes la defensa de sus derechos y a los jueces el cumplimiento de su función jurisdiccional.*⁶¹

Nuestro Código Procesal Civil consagra este derecho en su Título Preliminar (art. I), en concordancia con el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución Política, que encuentra su antecedente en el derecho comparado en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978. Un derecho semejante había sido ya establecido por otras Constituciones del entorno europeo, las cuales pueden marcar la pauta a la hora de conocer con detalle el caso español: se trata de la Constitución italiana de 1947 y la de la República Federal de Alemania de 1949. Esta norma contiene un derecho fundamental de garantía constitucional, que se expresa como el derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, es decir, el derecho de acceder al Órgano Jurisdiccional, ponerlo en movimiento con las debidas garantías y obtener del mismo una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas. Similar norma la encontramos en los dos primeros párrafos del artículo 17° de la Constitución Mexicana; párrafo c) del inciso 4 del artículo 34° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de

⁶¹ Quiroga León, Aníbal. En: *Anuario Jurídico*, “El Derecho al Recurso en el artículo 24 de la Constitución Española”, Lima, Octubre de 1991, Universidad San Martín de Porres, Año I, N.º 1, p. 61.

Argentina. Debe considerarse un verdadero derecho a la justicia, que implica un acceso real de los justiciables a la propia jurisdicción.

Con la promulgación de la Constitución Española, el derecho procesal español incorpora el movimiento de “constitucionalización” de ciertos derechos y principios procesales, tomados como derechos fundamentales de los justiciables. Tal constitucionalización es una de las notas más sobresalientes que caracterizan al derecho procesal europeo a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y consiste en la especial protección que se concede a tales derechos fundamentales, no solo en el plano procesal, sino también en el constitucional⁶².

El Tribunal Constitucional peruano ha venido perfilando su significado y alcances, a partir de la doctrina y jurisprudencia española, señalando que **el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la “efectividad” de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones**⁶³.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado **el derecho de la efectividad de las resoluciones judiciales**, como componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y asimismo ha sostenido que “...*la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar, entre otras situaciones, cuando se produce el rechazo liminar de una demanda invocándose una causal de improcedencia impertinente (...) con la ejecución de la sentencia modificándose sus propios términos, o con su inejecutabilidad...*” (Sentencia del T.C. de fecha 28 de enero del 2003, Expediente No. 1546-2202-AA/TC-Lima, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 4 de noviembre de 2003).

En cuanto al contenido constitucional del derecho a la ejecución de resoluciones,

⁶² David Vallespín Pérez, “Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso civil”. En: Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, 2008, p. 85.

⁶³ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de diciembre de 2002, recaída en el Expediente No. 1042-2002-AA/TC, Fundamento Jurídico 2.3.1, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 10 de octubre de 2003, Separata “Jurisprudencia”, p. 5884.

el Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en el Expediente N° 579-2008-PA/TC de fecha 5 de junio de 2008, ha señalado:

... Dentro de los derechos que forman parte del genérico derecho a la tutela procesal efectiva se encuentra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes a las que les alcanza además la garantía político-jurídica de la cosa juzgada. Así una cosa es el derecho a la ejecución de las sentencias y otra distinta la garantía de la cosa juzgada que tiene, entre sus consecuencias prácticas: a) la inmutabilidad de las decisiones judiciales firmes; b) la imposibilidad de revivir procesos ya decididos por los órganos judiciales; c) la exigencia de cumplimiento de lo resuelto en forma definitiva; d) la prohibición de que las autoridades judiciales o cualquier poder externo al Poder Judicial pueda interferir o retardar la ejecución de lo resuelto de manera definitiva por el poder jurisdiccional de los jueces. En tal sentido, el segundo párrafo del inciso 2) del referido artículo hace referencia también a tal derecho al establecer como ya ha quedado precisado, la prohibición de que los poderes públicos puedan, '(...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución.

Por su parte el Código Procesal Constitucional también consagra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva cuando en el tercer párrafo de su artículo 4° prescribe que 'se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respeten, de modo enunciativo su[s] derechos a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales... (Fundamento Jurídico 15).

El Tribunal Supremo peruano ha señalado que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

...en tanto derecho público y subjetivo, debe entenderse como la atribución que tiene todo justiciable a acceder a los órganos jurisdiccionales correspondientes, a fin de obtener una respuesta de éstos a sus pretensiones; además debe tenerse en cuenta que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no tiene el mismo contenido que el derecho al debido proceso, el que está referido a la atribución que tiene toda persona para que dentro de un proceso, ya sea judicial o administrativo, sus pretensiones sean evaluadas por una autoridad competente e imparcial, y exigir de ella el respeto al derecho de defensa, el ser oído y que se merituen los medios probatorios incorporados al proceso, para que finalmente se emita dentro del plazo correspondiente la resolución que ponga fin a la controversia sujeta al conocimiento de dicha autoridad... (Casación No. 535-2001-Callao de fecha 18 de junio del 2001, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República); asimismo establece que *...no se agota en prever mecanismos de tutela en abstracto sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con el mismo empleo de la actividad procesal...* (Casación No. 2456-2005-Callao de fecha 23 de mayo del 2006, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia).

El artículo 2° del Código Procesal Civil consagra los derechos de acción y de contradicción y el artículo 3° establece claramente que tales derechos, *“...no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales”*.

En el caso español, el artículo 24.1 guarda mayor similitud con el artículo 24° de la Constitución italiana, que destaca la *función instrumental de la tutela jurisdiccional* al fin constante de realizar la garantía de los derechos e intereses de cualquier naturaleza, dice:

Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos y

legítimos intereses.

La defensa es un hecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento.

Al comentar ANÍBAL QUIROGA LEÓN el significado constitucional de la tutela jurídica de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que se contiene normativamente en el artículo 24.1 de la Constitución Española, resalta lo que a nuestra opinión es lo trascendente del tema:

Pero este principio de Tutela efectiva de los jueces y tribunales no debe estar sólo en la postulación o su defensa, sino que su naturaleza fundamental debe preceder a todas garantías procesales, constitucionales y legales, de la Administración de Justicia, de modo que siempre, en todo momento, procedimiento y estadio judicial estén presentes; pues de lo contrario no se cumpliría el precepto constitucional, dándose lugar indefectiblemente a una violación de un derecho fundamental constitucionalmente protegido.⁶⁴

El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Sevilla RAFAEL SARAZA JIMENA nos dice que el citado derecho fundamental despliega sus efectos en varios momentos, que pueden sistematizarse del siguiente modo:

- a. En el acceso al proceso y a los recursos.
- b. A lo largo del proceso, en lo que se ha llamado “derecho al proceso debido” o a un proceso con todas las garantías, y en el momento de dictar una resolución fundada en derecho.
- c. En el momento de ejecutar la sentencia.⁶⁵

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 206/1987, de 21 de diciembre,

⁶⁴ Quiroga León, Aníbal. “La casación civil y la tutela jurídica de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Revista Themis*, N.º 15, Lima, 1989, p. 22.

⁶⁵ Saraza Jimena, Rafael. *Doctrina Constitucional Aplicable en materia civil y procesal civil*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994, p. 56.

tras sentar la doctrina general de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, lo que supone la atribución al legislador de un amplio margen de libertad en la determinación de las condiciones y consecuencias del acceso de la justicia, declara:

*...el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución, e incluso debe afirmarse que, en abstracto, también puede constituir una violación del citado derecho fundamental la imposición de requisitos o consecuencias no ya impeditivas u obstaculizadoras, sino meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones y recursos legalmente habilitados para la defensa jurisdiccional de derechos e intereses legítimos; pero, con mayor razón, tal violación constitucional sólo es pensable si los recursos o consecuencias legales del ejercicio de la acción o recurso fueran irrazonables o desproporcionadas o el resultado limitativo o disuasorio que de ellos deriva supusiera un impedimento real a dicho ejercicio...*⁶⁶

Recogiendo el concepto del jurista español JESÚS GONZALES PÉREZ, diremos que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, ésta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas. Se llama proceso debido a aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la

⁶⁶ Saraza Jimena, Rafael. Ob. Cit., p. 58-59.

garantía del Juez natural.⁶⁷

El maestro argentino AUGUSTO MORELLO nos dice:

Según constante doctrina constitucional, el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables.

*Ese derecho fundamental (a la tutela judicial efectiva) tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta (seria, plena -razonada-, cabalmente motivada) a las pretensiones planteadas, y no manifiestamente arbitraria, ni irrazonable.*⁶⁸

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA en su obra “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva” señala que “*el derecho a obtener la tutela efectiva*” sería lo que la doctrina del derecho procesal conoce con el nombre de “derecho al proceso” (denominación expresamente empleada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1982). Es decir, el derecho a un proceso que finalice con una sentencia sobre el fondo, lo cual depende de la concurrencia de ciertos presupuestos y requisitos. Con toda claridad se desarrolla este concepto en la sentencia de 8 de junio de 1981, que precisa:

El artículo 24.1 reconoce el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas.

La misma doctrina cabe apreciar en la sentencia de 29 de marzo de 1982:

El derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales comprende el

⁶⁷ Gonzáles Pérez, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Madrid, Civitas, 2001, Tercera Edición, páginas 33 y 163; citado también por Carrión Lugo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Grijley, Lima, 2000, p. 41.

⁶⁸ Morello, Augusto, *El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*, Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1994, pp. 286-287.

de obtener una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos procesales para ello.

De este modo, agrega el mismo autor, queda de manifiesto que, en la interpretación del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela efectiva no se reduce a garantizar el mero acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que se puede predicar un cierto entendimiento del mismo como “derecho al proceso”, en el que se integran el *derecho de acceso a los tribunales y el derecho a pedir tutela*, la cual se entiende concedida cuando, tras el desarrollo del proceso con arreglo a la legalidad, se obtiene una decisión judicial fundada en derecho, ya sea favorable o adversa, sobre las pretensiones deducidas⁶⁹.

El artículo 24.1 de la Constitución Española *no exige que la tutela judicial efectiva se configure de una forma determinada, siempre que se respete el contenido esencial del derecho*, pero, cuando el legislador ha establecido un cierto sistema de recursos, este derecho comprende el hacer uso de estos instrumentos procesales. Y dentro de ese contenido esencial se encuentra a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional, el recurso de revisión de sentencias penales firmes (sentencias del T.C. 7/1981, de 30 de marzo; 124/1984, de 4 de febrero, y 94/1989, de 22 de mayo).

“No sólo los recursos ordinarios, sino también los extraordinarios legalmente establecidos, forman parte del derecho a la tutela efectiva” (sentencias del T.C. 46/1984, de 28 de marzo; 110/1985, de 8 de octubre; 139/1985, de 18 de octubre, y 81/1986, de 20 de junio, entre otras)⁷⁰.

En nuestro medio el jurista JUAN MONROY GÁLVEZ define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto es sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado plenamente, y que se manifiesta de dos maneras: el derecho

⁶⁹ Figuerelo Burrieza, Angela. Temas clave de la Constitución Española. Editorial Tecnos S.A. Madrid, pp. 72-74.

⁷⁰ Figueruelo Burrieza, Ángela. Ob. Cit., p. 83.

de acción y el derecho de contradicción. En su opinión, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación⁷¹.

Explica el mismo autor, que el *derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso*, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial. La historia guarda el 17 de junio de 1215 como la fecha en la que los barones ingleses arrancaron al Rey Juan sin Tierra -en las praderas de Runnymede- algunos derechos básicos que les aseguraran un “juicio correcto”. Los barones estaban lejos de saber que los derechos que reivindicaron aquel día iban con el tiempo a desarrollarse y consolidarse como un grupo de derechos esenciales e inalienables que, en cualquier sociedad contemporánea, son el fundamento supremo y la razón esencial para que los derechos y la libertad de un individuo no sean agraviados en un proceso, sea por el Estado, sea por cualquiera que pretenda hacer un uso abusivo de aquel. Lo que hoy conocemos con el nombre de *debido proceso legal*, concepto que implica no solo que nadie puede ser “sorprendido” con los resultados de un proceso que no conoció, sino también que debe proveérsele de un plexo de derechos esenciales durante el desarrollo de éste⁷².

Por su parte, el constitucionalista ELOY ESPINOZA SALDAÑA sostiene que:

...Si bien la tutela jurisdiccional efectiva implicaría por lo menos un acceso de todo justiciable a los tribunales judiciales tanto en el desarrollo del proceso judicial (incluida la ejecución de sentencias) como en el desenvolvimiento de los diferentes procedimientos administrativos y las relaciones entre los particulares deberán

⁷¹ Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1996, tomo I, pp. 248-249.

⁷² *Ibidem*, p. 247.

*respetarse las garantías del debido proceso.*⁷³

De esta manera, podemos identificar las siguientes posiciones en la doctrina procesal acerca de la relación que existe entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso, evidenciándose que el tema es polémico, pues existe la tarea de establecer las relaciones entre ambos derechos fundamentales:

- El derecho al debido proceso es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, JUAN MONROY GÁLVEZ, VÍCTOR TICONA POSTIGO).
- El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se relacionan por un estricto orden secuencial, de forma que primero opera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y luego el debido proceso. Para esta posición el debido proceso no es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (ELOY ESPINOZA SALDAÑA).
- El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso son, en sustancia, lo mismo (MARCIAL RUBIO CORREA, ANÍBAL QUIROGA LEÓN, SAMUEL ABAD YUPANQUI).
- El reconocimiento del derecho al debido proceso hace innecesario reconocer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues los elementos que configuran este derecho se encuentran dentro del primero (REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN).

El profesor GIOVANNI PRIORI POSADA fija su posición ubicada dentro de la primera expuesta, indicando que el derecho al debido proceso es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y que tiene un contenido complejo, variando la forma de explicar su contenido:

⁷³ El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por la Corte Suprema sobre el particular. En: Cuadernos Jurisdiccionales. Asociación No hay Derecho. Lima, Ediciones Legales, 2000, p. 53, nota 27.

Creemos que en la denominación del derecho está su real alcance y contenido: lograr una efectiva tutela jurisdiccional; alcance y contenido que no se logra extraer de la denominación ‘debido proceso’ , denominación que pone énfasis en el instrumento, antes que en la finalidad; que se preocupa del medio, antes que del resultado. Lo trascendente es que el medio se ha adecuado para alcanzar el resultado. No que el medio se respete sin importar el resultado. Creemos que el énfasis puesto en la propia designación del debido proceso está en el proceso mismo y no en la tutela que él brinda. La noción de tutela jurisdiccional responde más a esa necesidad de que el proceso cumpla realmente los fines a los que está llamado a cumplir...En la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional de Estado, los particulares tienen un sinnúmero de derechos que sólo son aplicables y oponibles en ella y ante ella. En eso consiste el complejo de derechos que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva... Creemos que se debe reconocer constitucionalmente tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho a un ‘debido proceso o procedimiento’; sin que se tenga que tratar de mezclar ambos derechos, pues hacerlo significaría crear un artificio inconsistente en la medida que a la larga la confusión que se produce al intentar con un mismo nombre dos situaciones complejas distintas determina un gran peligro de que ninguno de esos dos derechos constitucionales tenga una efectiva vigencia...⁷⁴.

Discrepamos con quienes, como el profesor SAMUEL ABAD YUPANQUI, en su obra “El Proceso Constitucional de Amparo”, al desarrollar el debido proceso y la tutela judicial efectiva, y su reconocimiento constitucional, señalan como su posición que la Constitución debió optar por una u otra expresión y no por ambas a la vez, señalando que no hubiera sido indispensable que se incorpore la tutela

⁷⁴ En: Revista Ius et Veritas N° 26, junio 2003, pp. 287, 289.

judicial efectiva si es que se hubiese optado por un concepto amplio del debido proceso que comprenda –entre otros aspectos- el derecho de acceso a la justicia⁷⁵. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se reduce al derecho de acceso a la justicia, tan solo es un componente de su contenido básico, además trasciende a que el proceso cumpla con sus fines y al desarrollo de las nuevas formas de tutela jurisdiccional.

Para adentrarnos en la trascendencia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva que inspira el proceso civil nacional, debemos pasar a desarrollar categorías procesales indispensables para la identificación de sus alcances e importancia, así como, su tratamiento en la legislación y jurisprudencia.

Conocemos que las formas de iniciarse un proceso son: el conflicto de intereses donde se verifican intereses contrapuestos y la incertidumbre jurídica donde se verifica la declaración del derecho, no hay conflicto. Cuando existe un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica con relevancia jurídica, diremos que estamos ante un *caso justiciable*. La relevancia jurídica implica que exista un derecho objetivo que lo sustente.

En la práctica, diremos que nos encontraremos ante un petitorio jurídicamente imposible (art. 427 inciso 6 del Código Procesal Civil) cuando el pedido que se establezca ante el órgano jurisdiccional no se encuentre amparado en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, el cumplimiento forzoso de una obligación de hacer, de naturaleza *intuitu personae*, referida a la actuación en vivo de un cantante que se niega actuar, ya que no se podrá llevarlo compulsivamente al escenario y obligarlo a actuar.

Otra categoría procesal fundamental es la *Función Jurisdiccional*, que la conocemos como el poder-deber del Estado para resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica aplicando el derecho que corresponde para el caso concreto (*Iura Novit Curia*). Es *poder*, por cuanto resuelve en forma definitiva y exclusivamente. Es *deber*, dado que por esa exclusividad no está en condición de

⁷⁵ Ob. Cit., Lima, Gaceta Jurídica, 2004, Primera Edición 2004, p. 304

negarle a una persona por el solo hecho de serlo, la tutela jurisdiccional. La finalidad del proceso consiste en la realización del derecho, lo cual no es un interés privado de las partes, sino un interés público del Estado.

El derecho de acción es público (dirigido al Estado), subjetivo (que pertenece a la persona), abstracto (no requiere de contenido), autónomo (prescindencia del derecho sustancial). El derecho de contradicción a diferencia de la acción carece de voluntariedad.

JUAN MONTERO AROCA, sostiene que puede entenderse que el derecho de acción y el derecho de contradicción son expresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque posiblemente sea más claro sostener que el derecho de acción, en tanto que derecho a la tutela judicial, es bilateral, esto es, corresponde tanto a quien pide como a quien contra se pide (sic), es decir, tanto al demandante como al demandado⁷⁶. Agrega que el concepto de pretensión dado por JAIME GUASP ha evolucionado en la doctrina posterior, hasta ser asumida su trascendencia, sobre todo con relación al objeto del proceso.

Para el profesor VÍCTOR RAÚL MANSILLA NOVELLA el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho genérico o general que comprende hasta tres categorías de derechos específicos: el derecho de acción, que corresponde al actor o demandante, el derecho de contradicción, que corresponde al emplazado o demandado, y el derecho al debido proceso, que corresponde a todo justiciable para actuar en un proceso justo e imparcial, ante un Juez competente, responsable, independiente, con mínimo de garantías⁷⁷. En esta misma posición de la existencia de una relación de especie a género entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional se encuentra VÍCTOR TICONA POSTIGO⁷⁸.

⁷⁶ Montero Aroca, Juan. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*, ENMARCE E.I.R.L., Lima, 1999, p. 144.

⁷⁷ Mansilla Novella, Víctor Raúl. "El debido proceso y la reconvención en el Código Procesal Civil". En: *Ponencias en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 18.

⁷⁸ Ticona Postigo, Víctor. "Los ejercicios del derecho de acción y de contradicción en el Código Procesal Civil peruano". En: *Revista Ius et Praxis*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N.º 24; Lima, Diciembre de 1994, p. 55.

El acceso a la justicia, viabiliza el correcto ejercicio del derecho de acción. MAURO CAPPELLETTI y GARTH en su obra “El acceso a la justicia”, citado por CARLOS PARODI REMÓN, sostienen:

Aunque el efectivo acceso a la justicia ha sido progresivamente aceptado como un derecho básico de la sociedad moderna, el concepto de efectividad es, en sí mismo, bastante vago. Puede llegar a interpretarse que la mejor efectividad consiste en una completa igualdad de armas entre los litigantes, por la convicción de que el resultado último del juicio sólo depende de la eficacia de los argumentos contrapuestos, desconectado de las reales desigualdades extraprocesales que se reflejan en la aplicación del Derecho. Claro está que la igualdad absoluta entre los litigantes es utópica. Las diferencias entre ellos nunca pueden ser totalmente colmadas. El problema consiste en la manera de acortarlas y a qué costo⁷⁹.

Asimismo, el profesor PARODI REMÓN explica que los conceptos mencionados de “acción”, “igualdad”, “debido proceso” y “acceso a la justicia”, siempre han sido considerados expresamente a nivel internacional. Además de los artículos 8° y 10° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, encontramos el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 6° del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸⁰.

En materia de Recurso de Casación, la causal casatoria prevista en el texto original de la segunda parte del inciso tercero del artículo 386° del Código Procesal Civil (actualmente modificada mediante Ley N° 29364 de mayo del 2009) se refería a “formas esenciales”, razón por la cual al calificar un recurso se debía

⁷⁹ Parodi Remón, Carlos. *El Derecho Procesal del Futuro*, Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 138.

⁸⁰ Parodi Remón, Carlos. Ob. Cit. p. 141.

tener en cuenta que sólo aquellas infracciones a las formalidades esenciales serían materia de casación.

El profesor español JOAN PICÓ I JUNOY, sostiene que la denegación de cualquier actividad probatoria puede fundamentarse bien en el motivo 3.º del artículo 1.692 Ley de Enjuiciamientos Civiles, es decir, alegándose quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que haya producido indefensión. Igual fundamentación procede en los supuestos de falta de motivación de los resultados probatorios que dan origen a un determinado pronunciamiento judicial.⁸¹

2. Las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformado por una serie de derechos que lo determinan. Esta serie de derechos comprende: derecho de acceso a la justicia, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin: es por ello que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sólo es aplicable dentro del proceso judicial. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite que el proceso cumpla con sus fines.

En esa línea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala:

Uno de los elementos que componen la tutela jurisdiccional y que la definen es la efectividad. La tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que ésta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un

⁸¹ Picó I Junoy, Joan. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1996, pp. 137-138.

cumplimiento pleno y rápido de su finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y rápida. (STC N° 06356-2006-PA/TC de fecha 14 de abril de 2009, Fundamento Jurídico 8).

Es por ello, que resulta criticable la noción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia de la República que señala:

Este derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) es un concepto abstracto distinto a la relación material discutida en el proceso, y que se agota cuando las partes mediante el derecho de acción hacen valer sus pretensiones al incoar la demanda, contestar la misma, al reconvenir, y de acuerdo a otras formas procesales para hacerla valer conforme la ley procesal, por tanto, el sentido del fallo justo o injusto no depende de esta institución procesal, sino de otras categorías sustanciales y procesales que se desenvuelven en el proceso y terminan con una resolución definitiva...(Casación N° 432-2005/ Camaná-Arequipa expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación , de fecha 2 de abril de 2007, páginas 19149-19150, el subrayado es nuestro).

Sobre el “agotamiento” de este derecho también se refiere la Casación N° 2329-2000/ Huánuco expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 2 de enero del 2001, página 6664.

Existe otra noción acertada del Supremo Tribunal que señala:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos entre los que se destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier justiciable de promover la actividad jurisdiccional del estado, sin que se obstruya, impida o

disuada irrazonablemente; también comprende el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales... (Casación N° 1635-2008/ Lima expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 2 de diciembre de 2008, páginas 23433).

Por otro lado, se ha establecido convenientemente que:

El derecho a la tutela jurisdiccional no comporta seguir todo el proceso hasta obtener una sentencia final, sino persigue que esta última refleje una resolución motivada, congruente y justa, que dé respuesta al justiciable sobre sus pretensiones presentadas al órgano jurisdiccional (Casación N° 4460-06 / Lima expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 30 de mayo de 2008, páginas 22084-22085).

Asimismo, la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en caso de rechazarse de manera irrazonable por el Juez la pretensión ejercitada vía acción (Casación N° 1636-2007 / Lima expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 1 de diciembre de 2008, páginas 23272-23273).

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrolla la noción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho genérico y complejo:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales... (STC 00015-2005-AI, Fundamento Jurídico 16).

En cuanto al **derecho de acudir ante el órgano jurisdiccional o de acceso de la justicia** señala que:

...Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación ‘de cualquier acusación penal, formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’ como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el ‘derecho al proceso’, entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados. En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional ‘efectiva’, pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un ‘recurso efectivo’, lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias” (STC 010-2001-AI, Fundamento Jurídico 10).

En cuanto al **derecho a obtener una resolución fundada en derecho** señala que:

...Si bien es cierto que puede considerarse como uno de los elementos de la tutela jurisdiccional efectiva el derecho de toda persona a obtener una respuesta motivada y razonable por parte del órgano jurisdiccional

que resuelva el conflicto de intereses planteado ante éste, ello no implica que el juez está obligado, en todos los casos, a pronunciarse sobre el fondo de la demanda....

De ahí que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a obtener un pronunciamiento que dé por concluido el conflicto de intereses en un plazo razonable, no puede llevarse al extremo de pretender que todo tipo de pretensiones deban siempre ser resueltas bajo la lógica de lo fundado o lo infundado en ellas” (STC 10490-2006-AA, Fundamento Jurídico 13, 14).

El profesor FRANCISCO CHAMORRO BERNAL citando la doctrina del Tribunal Constitucional español concluye que una resolución no estará fundada en Derecho:

- a. Cuando la norma seleccionada para su aplicación carezca patentemente de validez, no sea la adecuada, la selección sea errónea o cuando no se motive racionalmente su elección.
- b. Cuando no especifique el artículo o parte del mismo en que se basa, si no es posible deducirlo del contexto, no se citen las disposiciones concretas que se aplican o se limite a copiar artículos, de forma similar a lo que ocurriría en una demanda.
- c. Cuando la decisión sea arbitraria, irrazonada o irrazonable, absurda, errónea, se base en normativas contradictorias, no exista conexión entre la motivación y el fallo o la argumentación sea incoherente.
- d. Cuando se omita todo razonamiento respecto de alguna de las pretensiones o causa de inadmisibilidad, o cuando la fundamentación no esté lo suficientemente particularizada o sea genérica.
- e. Cuando se parta de un hecho erróneo, no se haya considerado realmente el objeto en cuestión o la fundamentación se refiera a hechos distintos de los planteados.

- f. Cuando el Juez, a pesar de estar obligado a juzgar según la ley, no la respeta, resuelve más allá de su jurisdicción y por tanto, lo hace sin fundamentación. No lo hace, sin embargo, si rebaja una sanción por invidencia del infractor, ya que esa circunstancia es incardinable dentro de la equidad, prevista legalmente.
- g. Cuando la interpretación de la legalidad no sea adecuada a la dada por el Tribunal Constitucional⁸².

Para que una determinada resolución judicial satisfaga las exigencias del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva no basta con que se pronuncie sobre el fondo del conflicto de manera motivada. Es preciso, además, que la motivación de dicha resolución judicial se halle *fundamentada en el Derecho objetivo*. La exigencia de la motivación, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; debiendo estar la motivación *fundada en Derecho*, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho⁸³.

El Tribunal Constitucional en cuanto al **derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales** señala que este derecho ha sido comprendido como parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial:

...El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiera lugar a ello, por el

⁸² La tutela judicial efectiva. Barcelona, Bosch, 1994, pp. 244-248.

⁸³ SSTC 74/2007, de 16 de abril, 132/2007, de 4 de junio, 177/2007, de 23 de julio, 222/2007, de 8 de octubre...del Tribunal Constitucional Español, citadas por José Garberí Llobregat, Constitución y Derecho Procesal, Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal, Navarra, Civitas, 2009, pp. 163 y 169.

daño sufrido (STC 0015-20001-AI y acumulados, Fundamento Jurídico 11).

En otra sentencia ha precisado que:

El derecho a la ejecución de la decisión de fondo contenida en una sentencia firme, también supone su cumplimiento en tiempo oportuno... El plazo razonable no sólo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una demanda y la decisión sobre el fondo, sino que resulta indispensable que dicho concepto se entienda también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no debe exceder lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas (Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y cumplimiento oportuno de lo ordenado en ellas, STC 4080-2004-AC, Fundamento Jurídico 19).

La eficacia es un concepto pragmático. Se mide por resultados. La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial, puesto que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. La efectividad, señala FRANCISCO CHAMORRO, quiere decir que el ciudadano tenga acceso real y no formal o teórico a la jurisdicción, al proceso y al recurso; que pueda defenderse real y no retóricamente, que no se le pongan impedimentos irrazonables a ello. Puntualiza el autor, que dentro de ese carácter predominantemente formal que tiene el derecho fundamental a la tutela judicial, podemos distinguir cuatro tipos de efectividad, según su mayor o menor grado de formalidad. Así, podemos hablar de una efectividad de primer grado que garantizaría simplemente al ciudadano la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional; una efectividad del segundo grado, que exigiría además que la respuesta del órgano jurisdiccional resolviera realmente el problema planteado; una efectividad de tercer grado que garantizaría que la solución al problema planteado fuera razonable y extraída del ordenamiento

jurídico y una efectividad de cuarto grado, que aseguraría la ejecución de la decisión tomada⁸⁴.

El derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes, que reconozcan derechos propios, sólo se satisface cuando el órgano judicial, que en principio las dictó, adopta las medidas oportunas para llevar a cabo su cumplimiento⁸⁵.

Por su parte, el maestro JESÚS GONZÁLES PÉREZ anota que:

*La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido*⁸⁶.

El profesor OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI en su obra “Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso” señala:

*La tutela judicial efectiva se integra en el conjunto de requisitos constitucionales y supranacionales que venimos destacando: acceso a la justicia, juez independiente e imparcial, juicio justo y sin abyecciones solemnes, sentencia fundada y ejecución posible, todo en el marco de una dimensión temporal que sea razonable.*⁸⁷

El profesor JESÚS GONZÁLES PÉREZ desarrolla dentro del contenido a la tutela jurisdiccional efectiva, el tema del Proceso Debido, señalando como principio general que la tutela sólo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar la sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes⁸⁸.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige que el Juez que ha de conocer y satisfacer la pretensión sea imparcial. No existe justicia sin independencia e

⁸⁴ Ob. Cit., pp. 276 y 278.

⁸⁵ Ob. Cit., pp. 305-306.

⁸⁶ El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid, Civitas, 2001, Tercera Edición, p. 337

⁸⁷ Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 566

⁸⁸ Ob. Cit., p. 163.

imparcialidad del Juez. El acceso a la jurisdicción supone la posibilidad de formular la pretensión ante un órgano que sea jurisdiccional. El derecho al Juez natural supone algo más: que el proceso se decida por el Juez ordinario predeterminado por la Ley. Las garantías que debe contener la regulación del proceso responde a una finalidad: que las partes puedan defenderse⁸⁹.

3. Del formalismo-valorativo en el Proceso Civil.

El profesor brasileño CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA desarrolla la historia del derecho procesal. La primera fase desconoció la autonomía del derecho procesal y la intervención estatal en su regulación. Se basa en la lógica de la argumentación de Aristóteles y reclamaba la igualdad entre el Juez y las partes (orden simétrico). Lo que interesaba era el *iudicium* y no el *processus*. La segunda fase, llamada *procedimentalista*, era sincrética, al punto que caracterizaba al derecho proceso como derecho adjetivo, como algo que sólo ostentaba existencia si estaba ligado al derecho material. El Juez pasa a ser supra partes (orden asimétrico) y a tener un papel pasivo (proceso liberal del siglo XIX). El proceso es considerado una mera sucesión de actos procesales. Con la obra de OSKAR VON BÜLOW (1868) y la autonomía del derecho procesal, se inicia una fase de transición, el *conceptualismo*, donde predomina la técnica y la construcción dogmática de las bases científicas de los institutos procesales. Solo mucho más tarde se llega al *instrumentalismo*: el proceso pasa a ser encarado como un instrumento de realización del derecho material. Se impone el enfoque técnico y el único valor resaltado por los procesalistas, lo cual recién se produjo a partir de los años 70 del siglo XX, es el de la efectividad. La cuarta y última fase, que constituye la propuesta principal de la tesis del profesor ÁLVARO DE OLIVEIRA, es la del formalismo-valorativo. El proceso es visto, además de técnica, como un fenómeno cultural, producto del hombre y no de la naturaleza. En aquél los valores constitucionales, principalmente los de efectividad y seguridad, dan lugar a derechos fundamentales, con características de normas principales. El fin último del proceso ya no es sólo la realización del derecho

⁸⁹ Ob. Cit., pp. 164, 175, 196.

material, sino la concreción de la justicia material, según las particularidades del caso.⁹⁰

El profesor JUAN MONROY GÁLVEZ al desarrollar el tema “Proceso y Política en el Siglo XXI”, explica que en pleno siglo XIX, la influencia de la Escuela Histórica actualizó el estudio de las compilaciones romanas – desde Teodosio en adelante– como medio para hallar el espíritu del pueblo (Volksgeist). Esta corriente llamada Pandectística ubicó su interés en lo que hoy llamamos **derecho privado**. Esta escuela influyó en Austria. Esta es la **etapa fundacional** de los estudios procesales. Temas como una Teoría General del Proceso, el acto procesal, la acción o la pretensión son los estelares de estos trabajos. Desde la segunda mitad del siglo XIX un fantasma había empezado a recorrer Europa. El mérito de FRANZ KLEIN fue advertir que en un proceso civil no sólo se discuten los derechos subjetivos de las partes sino que están involucradas las funciones y responsabilidades de la comunidad jurídica y también de la sociedad. KLEIN propone: a) Incremento de la autoridad del Juez; b) Mayor alcance de sus facultades de esclarecimiento; c) Reparto de las funciones en el proceso entre el Juez y las partes, tal como si fuera una “*comunidad de trabajo*” y también el reconocimiento del proceso civil como una “*institución de interés social*”, ambas frases del mismo KLEIN. En resumen, su tesis plantea que los estudios procesales deben estar comprometidos con la eficacia de la función jurisdiccional del Estado.

Agrega MONROY GÁLVEZ que así quedaron planteados, como alternativos, el modelo social y el liberal. Los aportes de la pandectística alemana fueron conocidos en Italia. CHIOVENDA tuvo a mano el material para organizar una disciplina alrededor básicamente del concepto de **acción** antes que de **proceso**. Plantea un concepto propio de ‘sistema’ (*Elaboración de los fundamentos racionales que requiere la obra del legislador a partir de la reconstrucción de lo que es la ley en sí*). Los juristas de la Pandectística consideraban que se debería construir una Teoría del Proceso que, a manera de Parte General, sirviera a todos

⁹⁰ Del formalismo en el proceso civil. Propuesta de un formalismo-valorativo. Lima, Palestra Editores, 2007, Biblioteca de Derecho Procesal N° 7, pp. 20-23.

los procesos. Por eso, aunque el modelo ideológico de CHIOVENDA es el social, usa categorías del derecho privado. Marginó el concepto de 'procedimiento' que, como anota DENTI, lo hubiera llevado a reivindicar la función jurisdiccional y la esfera pública de los estudios procesales.

MONROY GÁLVEZ enseña que los máximos representantes de la **etapa sistemática** proveyeron conceptos, establecieron métodos y le dieron estructura a los estudios procesales. Enmarcados en un fin liberal, aunque a fuerzas de repetir que fueron publicistas, no lo parezca. Los estragos de la Segunda Guerra Mundial fueron para el proceso un doloroso aviso. El abuso conceptualista había puesto a la ciencia procesal en los límites de un saber inútil. De ese desastre emergió otro mundo y para el proceso otros retos. Si es el instrumento técnico por excelencia para resolver conflictos, entonces debe servir no sólo para los interpersonales, sino para todos. Este es el ingreso a la **etapa post-sistemática**. Es el tránsito de la estructura a la función. Ayer requeríamos una información organizada, hoy se requiere una actuación eficaz del proceso como instrumento de la jurisdicción. DENTI dice que es el tránsito del **sistema al proyecto**.

Recogiendo la tesis del profesor brasileño CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA en su obra *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, convenimos en consignar en cuanto al **valor efectividad**, lo siguiente:

En el plano del derecho procesal, la cuestión tiene que ver con la efectividad del instrumento procesal, tanto en términos de tiempo como de contenido de los pronunciamientos judiciales, con miras a lograr la justicia del caso concreto, y con observancia de las garantías del debido proceso legal.

Por estas razones, cada vez más la efectividad gana un lugar destacado en las preocupaciones de la doctrina... ampliando el objeto de la tutela jurisdiccional, colabora al mismo tiempo en la creación de nuevos medios jurisdiccionales, más eficientes, eficaces y congruentes

*con la tutela de la pretensión procesal ejercida. Se trata de una corriente socio-cultural mejor afinada para la realización efectiva de los derechos, y de este modo superiormente preocupada con una más acabada tutela de la libertad y de los derechos constitucionalmente relevantes, básicamente sociales, destacándose los de naturaleza difusa o colectiva*⁹¹.

La efectividad que debe ser consagrada en texto constitucional, es trascendente por cuanto no es suficiente acceder al sistema de justicia, sino prestar este servicio de manera eficiente y justa, mediante un proceso sin dilaciones indebidas o evitando formalismos excesivos, cuidando que el proceso cumpla con sus fines. Uno de los factores de la excesiva duración del proceso proviene de los llamados tiempos muertos del proceso, por ejemplo, retardo en la expedición de un Cuaderno de apelación, calificación de un recurso impugnatorio, programación de audiencia o vista de causa, etc.

En la tesis de ÁLVARO DE OLIVEIRA se desarrolla el **balance de los valores** como factores externos del formalismo, señalando:

*...La concepción del proceso sólo o en lo esencial como instituto de tutela jurídica de derechos subjetivos privados, imbuida además en una ideología nítidamente liberal, tiende a considerarlo como un libre juego de fuerzas, una lucha privada entre dos partes, a quienes se concede una amplia libertad de disposición procesal, con una gran pasividad del juez, en la cual los intereses individuales, extraños al Estado, luchan por su realización y donde la mayor habilidad, cautela y experiencia son vitales para el resultado victorioso, sin que la sociedad demuestre especial interés por el desenlace procesal*⁹².

Si, por el contrario, son considerados también los propósitos sociales y políticos del proceso, se privilegia su resultado social, y mayor fuerza

⁹¹ Ob. Cit., Lima, Palestra Editores, 2007, Biblioteca de Derecho Procesal N° 7, pp. 156-157.

⁹² Citando la observación de Werner Niese, en Adolf Schönke, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, actualizada por Horst Schröder y Werner Niese, Karlsruhe, C.F. Müller, 1956.

*deberá ser otorgada a la actividad del órgano judicial, no sólo para buscar una rápida solución del litigio, sino también para que pase a combatir los eventuales desvíos provocados por las partes. La naturaleza del proceso se presenta, en este contexto, no más como una lucha de las partes bajo los ojos del tribunal, sino como 'una comunidad de trabajo' entre el tribunal y las partes, con el objetivo de permitir al juez la decisión justa y verdadera, restablecer la paz jurídica entre las partes y defender así los intereses mayores de la sociedad.*⁹³

Converge entre los factores externos del formalismo, el valor justicia, que refleja la finalidad esencial del proceso, se encuentra estrechamente vinculado con la actuación concreta del derecho material, entendido éste, en sentido amplio, como todas las situaciones subjetivas de ventaja reconocidas por el ordenamiento jurídico a los sujetos de derecho. El valor seguridad vinculada a la noción de Estado Democrático de Derecho, protege al ciudadano contra el arbitrio estatal, debiendo ser previsible el resultado del proceso. El valor paz social que pone énfasis en el propósito social de las actividades jurídicas del Estado, buscando eliminar el conflicto en un plazo razonable. Finalmente, el Juez debe remitirse a cánones de valoración según modelos preconstituidos (*iura novit curia*), exigencia que evidentemente no impide la interpretación creativa del órgano judicial o la superación de lagunas legales.

Por nuestra parte, diremos respecto al derecho a un plazo sin dilaciones indebidas, que efectivamente el problema además de su carácter procesal, está comprendido también en el plano de la organización judicial, para lo cual resulta necesario poner nuestra atención en la gestión estratégica del despacho judicial. Un requerimiento para una buena gestión de Despacho Judicial es la **definición de Despachos modelos** para evitar que en despachos similares tengamos diferentes formas de hacer las cosas. Actualmente en el Poder Judicial no se cuenta con la aprobación del nuevo Modelo de Despacho Judicial.

⁹³ Ob. Cit., pp. 162-163.

En los años 90, el movimiento reformador internacional invade la región y se entiende que la reforma judicial es un proceso integral que involucra no solo cambios legislativos (nuevos Códigos sustantivos y procesales, Ley Orgánica del Poder Judicial), sino de prácticas, procesos, modo en la prestación de los servicios, la gerencia de lo administrativo, la necesidad de mejores prácticas, entre otros aspectos, que se adicionan a los tradicionales.

4. Tutela jurisdiccional ordinaria y tutela jurisdiccional diferenciada contemporánea.

En la doctrina procesal se reconoce tres formas procesales netamente distintas por sus presupuestos y funciones: a. La tutela de cognición o conocimiento; b. La tutela ejecutiva; y, c. La tutela cautelar. La tutela declarativa tiene por finalidad la declaración de la existencia o inexistencia de la relación jurídica, de la eficacia de relación jurídica. La tutela constitutiva se vincula a los derechos que determinan una modificación de la situación jurídica (crear, extinguir, alterar). La tutela condenatoria establece el derecho a la prestación y la cantidad de la prestación.

Para el proceso contemporáneo, la composición del conflicto de intereses sigue siendo la principal fuente de la actividad procesal. Sin embargo, la tendencia es a incentivar el uso del servicio de justicia con el fin de evitar se concrete o manifieste un conflicto de intereses. Esto es lo que se ha dado en llamar *tutela preventiva*, inquietud que en nuestro medio académico viene impulsando el reconocido jurista y procesalista JUAN MONROY GÁLVEZ.

La doctrina procesal contemporánea con visión de futuro postula la regulación legislativa de nuevas formas de tutela jurisdiccional que han dado en llamarse “diferenciada” de la tutela ordinaria que se encuentra regulada por los ordenamientos procesales. La locución tutela jurisdiccional diferenciada fue inicialmente acuñada por PROTO PISANI, que postula la configuración de una serie de mecanismos de otorgamiento de tutela jurisdiccional para situaciones que requieren una atención rápida, pues se encuentra en juego la posibilidad de verse

afectados derechos materiales o de convertir en irreparable la situación que se pretende cautelar, si no se atiende de manera urgente.

El profesor MARTÍN HURTADO REYES en su tesis “Tutela Jurisdiccional Diferenciada” señala:

La tutela diferenciada, se presenta como una respuesta del Derecho Procesal a las nuevas situaciones complejas que se generan en la vida de relación del hombre, tomando en cuenta que la tutela ordinaria (proceso de cognición) no admite la posibilidad de una respuesta inmediata, sino más diferible en el tiempo⁹⁴. La tutela de urgencia, es un mecanismo de tutela diferenciada que busca establecer procedimientos simplificados que luchan contra el peligro en la demora del proceso y pretenden distribuir el tiempo del proceso de manera equitativa entre las partes, además de lograr que el peticionante de tutela logre satisfacción de lo pretendido de manera provisional o definitiva⁹⁵.

Dentro de la clasificación de las formas de tutela jurisdiccional encontramos la tutela ordinaria y la **tutela diferenciada**, ésta última a su vez se subclasifica en: **tutela preventiva** que busca anticipar de que el conflicto no ocurra, y la **tutela de urgencia** que constituye la actuación oportuna de la jurisdicción, ésta última a su vez presenta dos manifestaciones: **tutela de urgencia satisfactiva (proceso urgente)** y **tutela de urgencia provisional (medida cautelar)**. La tutela jurisdiccional de urgencia se manifiesta mediante procesos breves y expeditivos en los que se privilegia el valor eficacia.

Hay que empezar a pensar en un tipo de proceso que mire los derechos materiales. MONROY GÁLVEZ nos dice que la tutela diferenciada contemporánea surge como un remedio específico para enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos -regularmente impersonales, extrapatrimoniales e infungibles-,

⁹⁴ Lima, Palestra Editores, 2006, Conclusión N° 9, p. 465.

⁹⁵ Ob. Cit., Conclusión N° 13, p. 466.

que empiezan a marcar el nuevo rumbo del Derecho. Podemos encontrar al interior de la Tutela diferenciada contemporánea una *Tutela preventiva* y una *Tutela de urgencia*.

En la llamada *tutela preventiva* encontramos como sus finalidades: a) la *tutela para eliminar incertidumbre jurídica mediante un proceso de declaración de mera certeza*, como, por ejemplo, el proceso de conocimiento donde se pretende se declare que ha operado la prescripción extintiva; el caso que ambos cónyuges pretenden se declare la calidad de bien social del que aparece registralmente como bien propio, etc., y, b) el obtener una sentencia de condena de hacer o no hacer no susceptible de ser satisfecha por reparación patrimonial, es decir, que contenga una pretensión infungible, llamada también *tutela inhibitoria*, y cuyo fin es impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, a través de una decisión insustituible de hacer o no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva.

La preocupación en la *tutela preventiva* se encuentra inspirada en la nueva concepción del proceso civil en tanto instrumento para la realización de los derechos materiales. Así el proceso civil debe consagrar mecanismos y técnicos procesales que sean una respuesta frente aquellos derechos de contenido no patrimonial, que son por naturaleza inviolables, con la finalidad no de resarcir el daño, sino de evitar su acaecimiento. En cuando a la prueba la *tutela inhibitoria*, el juez deberá exigir solo la probabilidad de generación o repetición de un acto ilícito, y no la probabilidad de ocurrencia del daño (eventual consecuencia del ilícito).

MONROY GÁLVEZ precisa que en países como Italia, en donde el proceso tiene un extraordinario grado de desarrollo, sin perjuicio de la falta de norma expresa se ha venido reconociendo la vigencia de la *tutela inhibitoria*, tomando como fundamento el tópico constitucional según el cual lo que no está prohibido está permitido. En sede nacional la tutela inhibitoria, concebida como una forma contemporánea de prevenir lo ilícito, no está regulada. Las normas del Código Procesal Civil referidas a las obligaciones de hacer o de no hacer conservan el esquema clásico de la sustitución reparatoria. Sin embargo, a consideración del

citado autor, la situación descrita no obsta en absoluto para que, siguiendo la ruta del uso del tópico constitucional, se considere procedente su pedido, además del segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código nacional, el cual permite que se incorpore a la actividad jurisdiccional aspectos de la doctrina y de la jurisprudencia procesales, cuando la norma nacional presente un vacío, como es el caso de la tutela inhibitoria.

Por su parte, el profesor brasileño LUIZ GUILHERME MARINONI señala que:

La tutela inhibitoria es otorgada por medio de un proceso de conocimiento y no se vincula instrumentalmente a ningún proceso que pueda ser llamado 'principal'. Se trata de un 'proceso de conocimiento' de naturaleza preventiva destinado a impedir la práctica, la repetición o la continuación de un ilícito.

... De esa forma, se diferencia, en primer lugar, del proceso cautelar, el cual se caracteriza por su vínculo con un proceso principal, y, en segundo lugar, del proceso declarativo, el cual ha sido pensado como 'preventivo', aunque destituido de mecanismos de ejecución capaces de impedir el ilícito⁹⁶.

La *Tutela de urgencia* alude a la necesidad de otorgarle protección a situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria. Su propósito no es en ningún caso constituirse en un reemplazo de la tutela ordinaria o clásica, sino la complementa, dado que su finalidad es la misma: proveer al justiciable de una tutela jurisdiccional efectiva. MONROY GÁLVEZ afirma que la Tutela de urgencia tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso. A este efecto, *la referida Tutela se puede clasificar en: a) Tutela de Urgencia Cautelar; y b) Tutela de Urgencia Satisfactiva*. El objetivo de la tutela cautelar consiste en lograr la eficacia del proceso.

En la tutela de urgencia satisfactiva, la pretensión que deba de ser admitida en

⁹⁶ Tutela específica de los derechos, Ob.Cit., pp. 30 y 31.

esta forma tan especial de tutela debe tener una *probabilidad intensa*, es decir, una elevada posibilidad de ser acogida. Por otro, *debe ser infungible*, es decir, irremplazable, sin posibilidad de que pueda ser sustituida por una reparación patrimonial. En lo que se refiere a su trámite, la tutela de urgencia debe ser correspondiente con su nivel de exigencia temporal, por tanto, debe resolverse dentro del cauce de un proceso urgente. Esto significa que sólo es necesario *cognición sumaria sustancial*, es decir, que el Juez debe resolver con una información inmediata e instantánea. Sin embargo, observa MONROY GÁLVEZ, que incorporar legislativamente las formas de tutela de urgencia con las que aún no contamos en sede nacional resulta una opción delicada y peligrosa.

Estas nuevas formas de tutela que se propugnan con *visión a futuro del proceso civil*, complementan a la tutela ordinaria, como soporte de la carga del tiempo del proceso, y en busca de la tan ansiada *justicia segura y en plazo razonable*. La identificación de los límites dentro del cual se pueden concretar las nuevas formas de tutela, resulta la tarea más difícil que deba enfrentar el legislador.

5. Reforma constitucional.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el derecho constitucional contemporáneo planeó la relación entre Constitución y proceso, donde se parte de concebir a los propios derechos fundamentales como garantías procesales, es decir, otorgándoles implícitamente a los derechos humanos un contenido procesal de aplicación y protección concreta. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional y, segundo, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos.

En el marco de la teoría de la garantía procesal de los derechos fundamentales, se puede interpretar que la Constitución Política de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3, capítulo VII, título IV del Poder Judicial). Sin embargo, como se ha dejado establecido en este trabajo

de investigación, no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia un criterio constitucional uniforme acerca del alcance y significado de los mismos, debido al origen diverso de ambas instituciones⁹⁷.

Tomando el Informe elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú presentado en julio del 2001 (los lineamientos para una Reforma Constitucional), que presidió el doctor Diego García Sayán y como Vicepresidente el doctor Domingo García Belaúnde, se propone y recomienda incorporar el derecho al debido proceso en el capítulo de Derechos Fundamentales trasladándolo de la parte referida al Poder Judicial, resaltando su verdadera naturaleza y entendiendo por debido proceso, no solo desde la perspectiva procesal, sino se debe reconocer como derecho fundamental al debido proceso sustantivo, es decir, la vigencia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos.

Además, por nuestra parte proponemos mantener la incorporación que hiciera la actual Constitución Política al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, con el agregado de “efectiva”, resaltando así el valor “eficacia” en el proceso judicial, cuyo antecedente en el derecho comparado lo encontramos en la Constitución española de 1978, sustentado en la diferencia de origen, contenido y ámbito de aplicación con el derecho al debido proceso.

⁹⁷ César Landa. *El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. En: *Pensamiento Constitucional N° 8*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 446, 447 y 448.

CAPÍTULO 3: LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO Y CRITERIOS UNIFICADORES DE INTERPRETACION. DOCTRINA DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

Sumario: 1. Caracteres o requisitos de la jurisprudencia. 2. Importancia y trascendencia práctica de la jurisprudencia. 3. Fuentes en el Código Procesal Civil (Artículo III segundo párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Civil). 4. Precedente judicial. 5. Primer Pleno Casatorio Civil 2008. 6. Precedente constitucional.

1. CARACTERES O REQUISITOS DE LA JURISPRUDENCIA.

Uno de los temas más controvertidos de la teoría del Derecho contemporáneo se refiere a la determinación del alcance y contenido de la labor judicial. Históricamente, la jurisprudencia ha tenido una gran importancia, siendo reconocida en muchos casos como verdadera fuente del Derecho. Así, en la época romana (130 a.C.-230 d.C.) el Derecho consistió fundamentalmente en los escritos de los *iuris prudentes* o conocedores del Derecho. Sus interpretaciones poseían verdadero valor de fuente, aún por encima del órgano legislativo⁹⁸. Como señala LOMBARDI, la jurisprudencia llegó a ser, en rigor, la única fuente de conocimiento y producción del Derecho a nivel de norma general. Las respuestas de los jurisperitos, ya fueran orales o escritas, ocupaban claramente el lugar de la ley⁹⁹.

Este sistema, sin embargo, no pervivió. La época postclásica se caracterizó en este punto por una supremacía de la voluntad del legislador, y con ella, la progresiva eliminación de la libertad de la que anteriormente había disfrutado la jurisprudencia. Sobre todo tras la Revolución francesa, bajo la influencia de MONTESQUIEU y la implantación del principio de primacía de la Ley, la jurisprudencia sufrió, en los países de tradición romanística, un importante

⁹⁸ LOZANO, Los grandes sistemas jurídicos, Madrid, Debate, 1982, pp. 53 y ss., citado por Ángela Aparisi Miralles, *Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho*. En: "Anuario de Filosofía del Derecho", Madrid, 1992, Tomo IX, p. 250.

⁹⁹ LOMBARDI, L., Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p.67, citado por Ángela Aparisi Miralles, Ob. Cit., p. 250.

retroceso en su papel de fuente jurídica¹⁰⁰ .

La jurisprudencia lo que hace es actualizar la ley, adecuar la legislación al entorno histórico y social evitando con ello el desfase en que puede encontrarse ésta respecto a la realidad social de cada momento histórico. La jurisprudencia es un instrumento fundamental para mantener un continuo y prudente ajuste entre la realidad social, el Derecho y el ordenamiento jurídico positivo.

La consideración de jurisprudencia, en sentido estricto, debe reunir una serie de requisitos o caracteres:

- a. La jurisprudencia no se forma por una sola sentencia, sino por reiteradas sentencias de la misma especie. Es decir, un criterio uniforme reiterado.
- b. Debe existir identidad o fundamental analogía entre los casos concretos decididos por las sentencias y aquel otro al que se le quiere aplicar la doctrina jurisprudencial.
- c. Las resoluciones judiciales contienen una pluralidad de razonamientos jurídicos, de éstos sólo pueden constituir jurisprudencia, los que son motivo decisivo o fundamento inmediato del fallo o decisión. Sólo cabe considerar jurisprudencia la razón decisiva del fallo.
- d. Los criterios que establezca la Corte Suprema a través de la doctrina jurisprudencial pueden modificarse cuando sea aconsejable a la vista de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados. La jurisprudencia debe ser dinámica como las leyes mismas. Es posible el cambio de la jurisprudencia, como afirma el artículo 400° segundo párrafo del Código Procesal Civil.

2. IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA JURISPRUDENCIA.

El objetivo de la jurisdicción debe consistir en la formación de la jurisprudencia. Aquella es, esencialmente un acto de creación del Derecho, y debe desempeñar su misión histórica de establecer principios, decisiones o normas concretas que

¹⁰⁰ Ob. Cit., p. 250.

establecen el *quid iuris* de una cuestión litigiosa. Para hacer *iuris prudencia* se debe conocer el Derecho. No puede, pues, hacer jurisprudencia, quien no sepa derecho. En la creación normativa que realiza el Juez (para el caso concreto), el instrumento legal es uno más.

Un precursor de la teoría contemporánea o creación del derecho, que sostuvo que toda sentencia judicial no es una mera obra de subsunción, sino además es una creación del derecho, fue OSCAR VON BULOW en su escrito “Ley y Judicatura”, aparecido en 1885:

*“La idea fundamental de este escrito...es que toda sentencia judicial no es sólo la aplicación de una norma disponible, sino una tarea jurídico--creadora...”*¹⁰¹.

El profesor de la Universidad de San Marcos JOSE ANTONIO SILVA VALLEJO, citando a SCHONFELD sostiene que la relación entre el derecho codificado y el jurisprudencial es dialéctica o circular. Sólo la ley transformada en sentencia es derecho real. Sin aplicación judicial es mera abstracción. En ésta, que es una función de concreción, el Juez en su sentencia crea un derecho distinto al de la norma abstracta: el derecho jurisprudencial, de aquí que este último también sea fuente del derecho¹⁰².

En España a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de completar el ordenamiento jurídico (artículo 6 del Código Civil). Señala ANGELA APARISI MIRALLES que:

*“...Anacrónicamente el Código civil alude a una jurisprudencia que “complementa” el ordenamiento jurídico concebido como ajeno y distinto a ésta...”*¹⁰³.

Para el profesor LUIS DIEZ PICAZO, no es fuente de derecho, de normas

¹⁰¹ Citado por Karl Larenz, “Metodología del Derecho”, Barcelona, Editorial Ariel, 1980, p. 82.

¹⁰² Los estudios de Derecho Civil en el Perú y el Derecho Jurisprudencial”, En: “Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem”, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1986, p. 458.

¹⁰³ Ob. Cit., p. 265.

jurídicas, sino de criterios unificadores de interpretación¹⁰⁴.

JAVIER PEREZ ROYO, afirma que la expresión “fuentes del derecho” puede ser entendida en dos sentidos distintos: primero, con el que se haría referencia a las fuerzas sociales con capacidad para crear normas jurídicas y segundo, con el que se designarían las categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan dichas normas jurídicas¹⁰⁵. GENARO CARRIO nos dice que se sabe muy bien que la jurisprudencia no es otra cosa que costumbre judicial. Cuando un Juez colma una laguna de la ley, el acto de aquel tiene que ser visto como un acto de creación del derecho¹⁰⁶.

En el Perú, fue después de un año de la promulgación del Código Civil que a partir de una fina interpretación del Título Preliminar, el profesor de la Universidad Católica de Valparaíso ALEJANDRO GUZMAN BRITO en su ponencia ante el Congreso Internacional celebrado en Lima en agosto de 1985, elaboró un orden jerárquico de las fuentes del derecho de nuestro ordenamiento jurídico, las mismas que en un orden taxativo indicó claramente para que no haya lugar a la duda, estas son: “*ley, analogía, principios del derecho peruano, principios generales del derecho, costumbre, jurisprudencia y doctrina*”. En esa oportunidad sostuvo:

*Norma jurídica no es sinónimo de ley...Bajo la voz “norma jurídica” entiéndase también a la costumbre, a la jurisprudencia y a la doctrina. De la primera queda excluida la costumbre **contra legem**, por mandato implícito del artículo I, que permite derogar a una ley sólo por otra ley. Pero mantiene su pleno vigor la costumbre **praeter legem**, que por definición es aquélla que rige una relación no regida por la ley, de modo que es imposible que produzca derogación*¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Citado por Félix Calvo Vidal. *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?* Valladolid, Editorial Lex Nova, 1992, p. 144.

¹⁰⁵ Las Fuentes del Derecho, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p. 15.

¹⁰⁶ Sobre la Creación Judicial del Derecho. En: “Cuadernos de análisis jurídico No. 8”, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Marzo 1989, pp. 35-37.

¹⁰⁷ Las fuentes del Derecho en el Nuevo Código Civil Peruano. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1986, pp. 74-75.

El dogma de la posición del juez como boca que pronuncia las palabras de la ley, en la clásica expresión de MONTESQUIEU, como puro aparato de subsunción legal, tuvo que ser abandonado. GÉNY en Francia, VON BÜLOW, REICHEL e ISAY en el mundo germánico, POUND y CARDOZO en el anglosajón, entre otros muchos, hicieron patente definitivamente que en toda decisión judicial y en todo proceso de aplicación del Derecho, se reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del Derecho, que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico. La elección del criterio interpretativo (gramatical, lógico, sistemático, histórico, comparativo, analógico, doctrinal, jurisprudencial, etc.), no puede hacerla el Juez sin acudir a los principios generales que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento. Ello hace necesariamente de la jurisprudencia una auténtica fuente del Derecho, y entre las más afectivas.

Todo ello ha conducido al pensamiento jurídico occidental a una concepción sustancialista y no formalista del Derecho, que ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos.

3. FUENTES EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL (ARTICULO III DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PROCESAL CIVIL).

El segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que en caso de vacío o defecto de sus disposiciones “(...) *se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso*”. Dicho numeral debe concordarse con el artículo 50.4 del mismo cuerpo legal, cuando establece como deber del Juez en el proceso: “*Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia*”.

Reiterados fallos del Tribunal Supremo durante los catorce años de vigencia del Código Procesal Civil, habían motivado que la jurisprudencia civil nacional existente no tiene fuerza vinculante, es decir, no es de observancia obligatoria por los juzgadores, máxime si se tiene en cuenta que no existe doctrina jurisprudencial conforme señala el artículo 400° del Código Procesal Civil, y no lo ha hecho durante este largo tiempo, hasta el día 18 de diciembre del 2007 en que se lleva a cabo la Audiencia Pública del Primer Pleno Casatorio Civil por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República (Caso empresa Minera Yanacocha por indemnización por daños).

A través de la “reforma” de la Casación Civil mediante Ley N° 29364, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de mayo de 2009, se modificó el artículo 400° del Código Procesal Civil, la misma que adopta un sistema por medio del cual las sentencias que expida la **Sala Suprema Civil** constituyan **precedente judicial** y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los precedentes judiciales en materia civil deben ser el resultado del pronunciamiento de los integrantes de las Salas Civiles de la Corte Suprema, lo que nos permitiría mirar dichos criterios con mayor confiabilidad por tratarse de criterios especializados.

Afirma el doctor JUAN MONROY GALVEZ, que el artículo III segundo párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Civil constituye la norma más importante de todo el cuerpo legislativo, al haber optado por conceder al Juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas, en base a ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido de éstos, consistente en recurrir inicialmente a los principios generales del derecho procesal y, luego, a la doctrina y a la jurisprudencia, respectivamente.

Observa CHAIM PERELMAN en su famosa obra *La lógica jurídica y la nueva retórica*, que la doctrina puede fluctuar en la manera de calificar algunas técnicas de razonamiento jurídico. Para los juristas alemanes al apelar a un principio general del derecho se está interpretando, mientras que se está llenando una laguna al recurrir a un razonamiento por analogía. Para los juristas suizos el

razonamiento por analogía y el recurso a la *ratio legis* forman parte de la interpretación mientras que el recurso a los principios generales del derecho forma parte de la técnica de integración de lagunas¹⁰⁸.

Diremos con R. GUASTINI y LUIS PRIETO SANCHIS que:

...bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas...Los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, un caso de creación de Derecho en sede interpretativa¹⁰⁹.

Las ideas hoy tan presentes en nuestra jurisprudencia como razonabilidad, ponderación, prohibición de exceso, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad desplazan al modelo mecanicista de la codificación, el centro de gravedad del Derecho se desplaza también de las disposiciones normativas a la interpretación, de la autoridad del legislador a las exigencias de justificación racional del Juez¹¹⁰.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional Español que una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial “(...) Así ocurre, en los casos en los que (...) la resolución judicial contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, por ello, carente de motivación.”¹¹¹. Entre los casos que el Tribunal Constitucional reputa la inexistencia o insuficiencia de la motivación de una resolución, se encuentra aquél en que la motivación es manifiestamente arbitraria, es decir, el caso en el que es imposible apreciar el nexo lógico entre la decisión adoptada y la argumentación

¹⁰⁸ Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1979, pp. 67 y 68.

¹⁰⁹ Luis Prieto Sanchis. Ley, Principios, Derechos. Editorial Dykinson, 1998, p. 50.

¹¹⁰ Ob. Cit., p. 65.

¹¹¹ STC 184/1992, citada por Francisco Rubio Llorente. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Madrid, Editorial Ariel, S.A., 1995, p. 281.

que le sirve de fundamento¹¹². Una decisión judicial que fuese arbitraria, irrazonada e irrazonable no estaría fundada en Derecho y, en consecuencia, de acuerdo a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución Española¹¹³.

VÍCTOR FAIREN GUILLEN, al tratar los principios generales del Derecho, nos refiere que los principios procesales provienen de antiguas épocas y se condensan en forma de los llamados “brocardos”, de contenido en general, bueno¹¹⁴.

Los principios generales del derecho pueden ser extralegales, pero en ningún caso son extrajurídicos. Siendo así, se trata de fenómenos jurídicos que tienen como funciones: crear, interpretar e integrar el sistema jurídico. Los principios del proceso suelen ser a su vez derechos básicos de este, regularmente de naturaleza constitucional. Son aquellos indispensables para la existencia de un proceso, sin ellos este carecería de elementos esenciales para ser admitido como tal¹¹⁵.

La expresión “principios generales del Derecho” se trata, en efecto, de verdaderos principios en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan, y no de meras máximas; son, a la vez generales, esto es, procedentes de una estimativa objetiva y social, no de la apreciación retórica y singular de una supuesta “justicia del caso concreto”. Razonar en derecho, interpretar las normas o los actos jurídicos, aplicar el derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos¹¹⁶.

¹¹² Ignacio Borrajo Inieta y otros. El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1995, p. 63.

¹¹³ STC 23/87, de 23 de febrero, citada por Carlos Ciment Durán. Tribunal Constitucional, Doctrina en materia civil y penal. Valencia, Editorial General de Derecho, S.L., 1994, Tomo I, p. 392.

¹¹⁴ Doctrina General del Derecho Procesal, Barcelona, Librería Bosch, 1990, p. 70.

¹¹⁵ Juan Monroy Gálvez. Introducción al Proceso Civil. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1996, Tomo I, pp. 79, 80 y 81.

¹¹⁶ Eduardo García de Enterría. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Madrid, Editorial Civitas, 1986, pp. 79 y 81.

4. TÉCNICA DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

El precedente es una técnica de argumentación que consiste en extraer un fundamento de un caso decidido a fin de resolver un caso similar o idéntico pero sucesivo (caso decidido y caso sucesivo). El precedente implica un análisis más específico destinado a precisar el método por el que un caso decidido influye en un caso por decidirse. La Jurisprudencia, en cambio es la colección de decisiones de un tribunal o conjunto de decisiones sobre un mismo asunto.

Los conceptos para entender el precedente según explica el profesor JUAN MONROY GÁLVEZ son:

- a. Precedente persuasivo o Doctrina jurisprudencial: Sólo es seguido por un Juez cuando está convencido de su corrección. Es meramente declarativo.
- b. Precedente relativamente vinculante (Doctrina del *stare decisis*): En este caso, el Juez puede apartarse del precedente si existen fundadas razones para ello, es decir, si lo considera claramente incorrecto por el derecho o por la razón. Es en lo que ha devenido el precedente vinculante. Es el que realmente existe (*Binding precedent*).
- c. *Obiter dictum*: Toda proposición jurídica importante pero que no es 'ratio' aunque tiene relación con ella. Nunca es obligatoria pero sí persuasiva (Principios jurídicos; cuestiones relevantes y observaciones sobre hechos de la causa y la valoración de la prueba, etc.). Suele ser trascendente para futuras decisiones.
- d. *Ratio decidendi*: a) Es el criterio jurídico para calificar los hechos y decidir sobre ellos (con acentuada referencia a los hechos). b) Es el principio jurídico usado como criterio para decidir (acentuando la referencia a la norma sobre los hechos). c) Es el argumento jurídico usado para justificar la decisión sobre la calificación de los hechos o la decisión relativa a cómo se selecciona la regla de derecho (*regula iuris*). d) Es lo que decide el Juez que sea para el caso sucesivo, quien incorpora un elemento posterior de variabilidad. Así, el

objeto del precedente cambia dependiendo de la *ratio decidendi* que se asume. (*Bindingness*).

En la base del fenómeno del precedente existen finalidades consistentes en la igualdad de tratamiento para casos similares, la relativa previsibilidad de la solución de la controversia, la coherencia y estabilidad de la interpretación y aplicación del Derecho¹¹⁷.

MONROY GÁLVEZ señala que el origen de la regla del precedente no es exclusivamente inglés sino de toda la Europa medieval. Sentencias declaraban costumbres ancestrales de la Comunidad. No eran derecho sino evidencia del derecho. Perteneciendo a la historia del pueblo, podían asumirse como la 'ratio' para un caso nuevo.

Para el mismo autor, las ventajas del precedente son:

- Igualdad: Al aplicar la misma norma a casos análogos se produce una isonomía.
- Predecibilidad: La sucesión de casos en un sentido torna previsible la solución de conflictos y por tanto desalienta los casos judiciales.
- Economía: Lo expresado genera, además, ahorro de tiempo y energía.
- Estabilidad: Un derecho estable es saludable y prospectivo para el país.

Como ya se señaló, en la reforma legislativa dispuesta por la Ley N° 29364 de fecha 27 de mayo del 2009 se produjo la modificación del artículo 400° del Código Procesal Civil adoptando un sistema por medio del cual las sentencias que expidan las salas casatorias constituyan precedente vinculante cuando así lo expresen en la propia sentencia, tal como ocurre en el Código Procesal Constitucional, Código Procesal Penal y el Decreto Legislativo N° 807. Los precedentes en materia civil con la modificatoria van a ser el resultado del

¹¹⁷ Michele Taruffo. "Las funciones de las Cortes Supremas". Asociación Argentina de Derecho Procesal. *Reforma Procesal Civil*. Eduardo Oteiza, Coordinador. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2010, p. 666.

pronunciamiento de los integrantes de las Salas Civiles de la Corte Suprema:

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente....

El maestro JUAN MONROY GÁLVEZ señala que es necesario una reformulación de nuestro sistema casatorio y, sobre todo, una modificación de las reglas de competencia de la Corte Suprema, de lo contrario, el efecto guía de la jurisprudencia, razón de ser de la doctrina del precedente judicial, seguirá siendo letra muerta. El tema del apartamiento del precedente judicial es un elemento natural de la doctrina del precedente, cómo debe ocurrir y qué debe significar para el sistema el apartamiento, son temas que requerirán una regulación específica. Sin embargo, lo que hay que recusar es esa actitud patológica vigente en sede nacional, según la cual apartarse del precedente constitucional equivale a incurrir en prevaricato o algo parecido. Es indispensable cumplir con algunos presupuestos normativos antes de incorporarlo, temas como la determinación (quién y cómo) de la *ratio decidendi* o el sistema de *overruling* a ser empleado, entre otros, son aspectos que deben estar regulados con algún nivel de precisión¹¹⁸.

Una de las carencias de nuestro sistema judicial es no haber podido generar una política jurisdiccional a nivel de nuestro Tribunal Supremo en el llamado pleno casatorio o también fallo plenario, sentencias normativas acordadas. A decir del jurista MARCIAL RUBIO CORREA la política jurisdiccional es una determinada orientación de los criterios en los cuales se debe desenvolver la potestad jurisdiccional: coherencia, predictibilidad y equidad. La predictibilidad busca

¹¹⁸ En: Legal express N° 81, Año 7, Setiembre 2007, Gaceta Jurídica, p. 13.

garantizar el derecho constitucional de igualdad en la aplicación de la ley y en el tratamiento procesal de los justiciables según dispone el artículo 2°, inciso 2 de la Constitución.

Debe tenerse presente la diferencia que existe entre el enunciado normativo y los principios. El enunciado normativo define la conducta y la consecuencia. Los principios son reglas interpretativas, orientación metodológica y base teleológica (fin). El enunciado normativo es la expresión en un lenguaje bien configurado, apta para interpretarse en sentido normativo. La norma es el contenido de significado normativo que, según cierta interpretación, puede recabarse de un enunciado. Los principios tienen como funciones: inspirar al legislador, integrar las lagunas existentes, interpretar la norma.

Los precedentes judiciales son aquellos precedentes de obligatorio cumplimiento emitidos al amparo del artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya atribución de dictar principios jurisprudenciales corresponde a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, quienes a través de ejecutorias fijan criterios jurisprudenciales de observancia obligatoria, y además por ser el órgano encargado de ejercer la función uniformadora de la jurisprudencia nacional a través del recurso de casación como lo preceptúa el artículo 384° del Código Procesal Civil.

El carácter vinculante de estos principios es relativo, pues cualquier juez por excepción puede apartarse del criterio, siempre que motive adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente que desestima y de los fundamentos que invoca. Se trataría de una “obligación relativa”, ya que se permite a cualquier juez apartarse de dichos principios, en la medida de que motiven adecuadamente su resolución.

Adicionalmente, el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial creó la figura de los denominados “plenos jurisdiccionales” (nacionales, regionales, distritales), cuya finalidad es que los integrantes de las Salas Especializadas se reúnan para concordar la jurisprudencia de su especialidad. Aunque entre los años

1997 y 2005 se han celebrado 112 plenos jurisdiccionales nacionales, los acuerdos a los que se arriba en dichas sesiones no tienen fuerza vinculante alguna.

Además de principios jurisprudenciales, la Sala Plena de la Corte Suprema se encuentra facultada también para crear doctrina jurisprudencial (*Stare Decisis*), esto es, para fijar precedentes obligatorios que tendrán que ser irremediablemente observados por los jueces y salas superiores, esto es, vinculando a los órganos jurisdiccionales del Estado. Esta facultad se encuentra regulada por el artículo 400° del Código Procesal Civil. Esta norma no prevé la posibilidad de que los jueces inferiores se desvinculen del criterio de la decisión, ni siquiera justificando expresamente las razones. La sentencia del Pleno Casatorio tiene efectos *ex nunc*, por lo que los procesos resueltos con anterioridad a la decisión bajo criterios diferentes mantienen plena vigencia al estar protegidos dentro del marco de la autoridad de la cosa juzgada.

En materia contencioso administrativa, el artículo 34° de la Ley No. 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, con una mejor técnica, dispone que las decisiones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema constituyen doctrina jurisprudencial, y que por tanto, los jueces y tribunales no pueden apartarse de ella, a menos que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan de la doctrina jurisprudencial. No recoge la posibilidad de explicar las razones de su apartamiento, sino que les autoriza a explicitar las circunstancias que permiten distinguir el caso que se encuentran conociendo de aquél en el que la Corte Suprema sentó el criterio vinculante.

En materia penal, el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado mediante el artículo 2° del Decreto Legislativo No. 959, tiene similitud con los términos utilizados por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Asimismo, existen diversos precedentes vinculantes en el ámbito penal en la que los jueces supremos integrantes de las salas penales de la Corte Suprema, reunidos en Pleno Jurisdiccional han señalado por unanimidad los

principios jurisprudenciales con carácter vinculante de acuerdo a lo regulado por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En materia laboral, se presenta una situación excepcional, al no existir un dispositivo legal que viabilice la emisión de precedentes de observancia obligatoria, y establecer el inciso d) del artículo 56° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley No. 26636, la posibilidad de alegarse como causal de casación la contradicción del fallo superior con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en caso objetivamente similares siempre que dicha contradicción esté referida a una de las otras de casación (aplicación indebida, interpretación errónea o inaplicación de una norma de derecho material). No existe necesidad de que previamente se haya efectuado un pleno casatorio.

En el primer y segundo párrafo del artículo 40° de la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, que regula el precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala que:

“La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente” (el subrayado es nuestro).

Es un enunciado poco original y confuso, ya sea sobre la posibilidad de la Corte Suprema de ratificarlos, sea de lograr separarse de ellos e, inclusive, sea de posibilidad de posteriormente revocarlos.

Las tendencias jurisprudenciales de una Sala Superior legalmente no pueden

generar principios jurisprudenciales.

5. PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL 2008.

La admisión de un proceso en la tutela procesal de los derechos colectivos implicaría la admisión de un interés difuso a fin de que pueda ser interpuesto por cualquier persona con interés, como ocurre en un proceso de desalojo ambiental donde la legitimidad ampliada nace de la concordancia del artículo 82° con el artículo 586° del Código Procesal Civil, de los cuales se desprenden que pueden iniciar un proceso de desalojo, en un área natural protegida¹¹⁹, el Ministerio Público, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las comunidades campesinas y/o las comunidades nativas en la medida que esta es una forma del medio ambiente o de bienes o valores culturales, y que con esta acción se busca evitar un daño al ambiente o al patrimonio. Consideramos que la legitimidad es más amplia si partimos de la propia Ley General del Ambiente, artículo IV, que establece que:

...toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Este avance en la legitimidad para obrar en temas ambientales, lamentablemente ha sido empañado por el Primer Pleno Casatorio Civil de abril del 2008 que circunscribe únicamente la legitimidad para obrar en casos de daño ambiental, ocasionados, por ejemplo, por ocupantes precarios de áreas naturales protegidas, y las limitan solamente a las personas jurídicas, enumeradas en el artículo 82° del Código Procesal Civil, olvidando que tanto lo ya dispuesto por el derogado Código

¹¹⁹ Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG.

del Medio Ambiente (1990) en su artículo III del Título Preliminar y sobre todo por la actual Ley General del Ambiente (2005), en su artículo IV del Título Preliminar y directamente en el artículo 143° referido a la responsabilidad por daño ambiental otorgan legitimidad para obrar a cualquier persona, normas que ni siquiera fueron mencionadas para justificar su inaplicación. Es una monstruosidad procesal el limitar a las personas que pueden interponer una acción civil en defensa del ambiente solamente basadas en dicho artículo. Las consecuencias de dicha interpretación atentan contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues impiden al justiciable acudir al Poder Judicial a reclamar una reparación por daño ambiental o la defensa del ambiente a favor de su comunidad¹²⁰.

5.1 Hechos que sustentan el proceso.

En julio del 2000 se produjo un accidente que consistió en el derrame de mercurio mientras se transportaba de las minas de Yanacocha, Cajamarca, a Lima por la empresa RANSA. Esto afectó a muchas poblaciones, causando daños a la salud de los pobladores de las localidades de San Juan de Choropampa, Magdalena y Querecotillo, habiéndose visto perjudicados con la alta toxicidad del mercurio. Las víctimas recolectaron el mercurio por su valor comercial y lo depositaron en sus viviendas en ambientes cerrados, permitiendo su volatilización. Mediante el ofrecimiento de una recompensa se logró recuperar casi todo el mercurio. La empresa Minera Yanacocha celebró transacciones con distintos afectados por concepto de la indemnización. Una de las transacciones la realizó una madre de familia, quien actuó por derecho propio y en nombre de sus tres menores hijos. Un hecho importante es que no fue una sola transacción celebrada entre las partes (setiembre 2000), sino que luego se celebró una adenda mediante la cual el monto de la indemnización se duplica para los tres menores de edad (noviembre 2000). Luego la madre de familia quien actuó por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos, desconociendo la transacción extrajudicial inició el proceso judicial en cuestión peticionando el resarcimiento del mismo daño sufrido por ella y

¹²⁰Henry Carhuatocto Sandoval, “El proceso de desalojo del Santuario Histórico Bosque de Pómac. A propósito de la legitimidad para obrar en los desalojos ambientales”, En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 126, marzo 2009, p. 200, Especialista en derecho ambiental.

por sus hijos. Entre la parte demandante y la empresa Minera Yanacocha S.R.L. se celebraron tres transacciones extrajudiciales, la primera con la demandante, por derecho propio y en representación de sus menores hijos las dos siguientes, así como se adicionaron sendas adendas a cada una de ellas, todas con firmas debidamente legalizadas por Notario. En el proceso iniciado la empresa Yanacocha deduce la excepción de transacción amparándose en el artículo 453° del CPC, excepción que se declaró fundada en parte en primer grado (respecto de los hijos más no de la madre) y en su totalidad en segundo grado.

Lo trascendente es que siendo menores de edad tres de los afectados, éstos fueron representados por su madre (la demandante del proceso), por lo que de acuerdo con el artículo 1307° del Código Civil, era exigible la aprobación judicial, previa a la transacción, según lo dispuesto por los artículos 447° y 448° del Código Civil, sin embargo, en este caso, la aprobación del Juez fue un año después de celebrada la transacción. El proceso judicial en cuestión reproduce lo discutido en otros procesos similares iniciados por diferentes pobladores que igualmente habían celebrado transacciones con la empresa Minera Yanacocha.

5.2 Temas en discusión en el pleno casatorio.

Reflexionaremos sobre los siguientes temas puestos en discusión en los diversos expedientes tramitados individualmente por cada uno de los afectados y que fueron de conocimiento tanto por la Sala Civil Permanente como de la Transitoria, lo que originó que se hayan emitido sentencias contradictorias que han dado origen al primer Pleno Casatorio:

- a. Si la transacción extrajudicial puede ser sustento de la excepción de transacción; la Sala Civil Transitoria no acogía la excepción propuesta argumentando que el artículo 453° del CPC hace referencia a que la transacción es fundada si se inicia un proceso idéntico a otro que concluyó por transacción judicial, lo que no ha sucedido en este caso, ya que se trata de una transacción extrajudicial, mientras la Sala Civil Permanente acogía la excepción señalando que el artículo 1302° del Código Civil establece que por

la transacción las partes deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, teniendo el valor de cosa juzgada y que, por consiguiente, la transacción previa al proceso impide que se demande tomando como base los mismos hechos.

- b. La incidencia de la aprobación judicial para la validez de la transacción en que participan menores representados por sus padres. De acuerdo con el artículo 1307° del Código Civil, era exigible la aprobación judicial, previa a la transacción, según lo dispuesto en los artículos 447° y 448° del Código Civil. En el presente caso, la aprobación del Juzgado de Familia se produjo un año después de celebrada la transacción.

5.3 Temas en debate en la audiencia pública.

Luego del informe de los abogados de la parte demandada empresa Minera Yanacocha (BRUNO MARCHESE, FAUSTO VIALE) y de la empresa RANSA (JORGE AVENDAÑO), lamentándose la ausencia de los abogados de la parte demandante, hubo un debate con las preguntas formuladas por algunos magistrados del pleno y la participación de los abogados. El Juez Supremo ponente TICONA POSTIGO remarcó que la transacción judicial y la transacción extrajudicial regulan situaciones y consecuencias distintas; la primera se encuentra sujeta a control judicial y a una mayor exigencia, la segunda tiene un mayor campo, y en la parte final de sus repetidas intervenciones señaló que la autorización a celebrar la transacción en representación de menores (trámite previo) se verificó un año después de celebrada la transacción. El Juez Supremo ponente VÁSQUEZ BEJARANO puntualizó respecto al contenido de la transacción, concretamente en qué consistieron las concesiones recíprocas y la disponibilidad de los derechos transigidos desde la perspectiva del daño a la salud de carácter extra patrimonial. El Juez Supremo SALAS GAMBOA señaló la naturaleza del daño a la ecología. Los Jueces Supremos SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA y VILLA STEIN se refirieron a cuales serían los efectos a la comunidad jurídica y el principio de la autonomía de la voluntad, respectivamente.

5.4 Temas ajenos al objeto central del pleno casatorio.

La nulidad de acto jurídico o de invalidez o ineficacia de la transacción extrajudicial por vicio de la voluntad. La revisión del artículo 1455° del Código Civil que fija la improcedencia de la demanda por lesión en los casos de transacción, pues como bien señala el doctor NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ, *“... todo indica que las prestaciones y concesiones recíprocas que dieron contenido a la transacción celebrada no fueron justos ni menos un intercambio equilibrado. La justicia conmutativa estuvo ausente. Sin embargo, ese problema social y ético no se puede solucionar con la excepción procesal en cuestión.”*¹²¹

5.5 La transacción en la codificación civil peruana y en el derecho comparado.

El artículo 1302° del Código Civil otorga a la transacción extrajudicial los efectos de cosa juzgada (asimismo lo contemplan textualmente siguiendo la influencia directa del Código Civil francés de 1804, artículo 2052°, por ejemplo, los Códigos Civiles argentino artículo 850°, chileno artículo 2460°, ecuatoriano artículo 2386°, venezolano artículo 1718°, boliviano artículo 949°, colombiano artículo 2483°, mejicano artículo 2953°, español artículo 1816°). No han adoptado fórmulas análogas el Código Civil alemán en el numeral 1 del párrafo 779, italiano en el artículo 1965° y Portugal en el artículo 1248°. Esta regla no la consignó el Código Civil peruano de 1936. El legislador peruano del Código Civil de 1984 justificó este efecto porque no cabe la lesión en la transacción, porque las partes se hacen concesiones recíprocas.

La Sentencia del Pleno Casatorio en su argumentación sigue a las doctrinas española y argentina. Se omite desarrollar las duras críticas que han merecido las normas en el Código Civil francés. La doctrina francesa dice que esta asimilación entre el efecto de la transacción con el valor de la cosa juzgada es inexacta: *“Los efectos de transacción se explican simplemente por su fuerza obligatoria y por la*

¹²¹ En: Diario oficial “El Peruano”, 3 de enero del 2008, p. 13, asimismo en el Suplemento de análisis legal Jurídica de fecha 12 de febrero de 2008, p. 5.

*regla general de que las convenciones son la ley entre las partes*¹²²

El profesor sanmarquino RENÉ BOGGIO AMAT Y LEÓN en su obra “Obligaciones” comentando el artículo 1307° del Código Civil de 1936 destaca que se considera la transacción no como un contrato sino como uno de los modos de extinguir obligaciones¹²³.

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN destaca que lo esencial en la transacción es que no puede hacerse sino mediante concesiones recíprocas de las partes, siendo indispensable que cada contrayente sacrifique parte de sus derechos o pretensiones, sin que sea necesario que haya equivalencia entre las concesiones. La transacción debe versar sobre algún punto dudoso o litigioso. Esto es lo característico de la institución. Señala el citado autor:

*El Código Civil de 1936 no declara como el antiguo de 1852 (art. 1728) que la transacción produce entre las partes la excepción de cosa juzgada. La supresión es plausible. La transacción comporta un acto jurídico destinado a arreglar los derechos entre las partes; como tal está sometido a la regla propia de los contratos, de que ellos son obligatorios para los contrayentes...No ha habido –remarca Rosetti- un solo tratadista moderno que sostenga que la transacción es idéntica a la cosa juzgada, y casi todos están acordes en negar la pretendida asimilación que se hace entre ambas instituciones...En realidad, el art. 2460 del Código Civil chileno es más bien que una regla de derecho, una metáfora jurídica...*¹²⁴.

En la práctica judicial se han presentado casos de procesos sobre nulidad de transacción por no contener concesiones recíprocas.

¹²² Ripert, Georges y Boulanger, Jena, Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol, citado por Rómulo Morales Hervías. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 114, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2008, p. 46.

¹²³ Lima, Universidad de Lima, Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas, Serie Derecho y Ciencias Políticas N° 1, 1982, p. 94. Es necesario precisar que la opinión de este destacado maestro sanmarquino tiene un fundamento muy sólido, en el sentido que no todo acuerdo de voluntades representa necesariamente un acto jurídico y menos aún una relación contractual de consecuencias obligacionales para las partes que la efectúan.

¹²⁴ Tratado de Derecho Civil, Las Obligaciones, Lima, WG editor, Tomo III, Vol. II, pp. 576, 577 y 583.

En esta línea el destacado civilista MANUEL ALBALADEJO apoya esta tesis al decir que la ley, para dar una idea del carácter obligatorio de la transacción, habla metafóricamente, que para las partes tiene la autoridad de la cosa juzgada, no puede interpretarse en su sentido literal¹²⁵.

Por su parte el maestro JORGE EUGENIO CASTAÑEDA en su obra “Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones” al desarrollar la naturaleza jurídica de la transacción señala: *“La transacción constituye un acto jurídico bilateral, ya que requiere la intervención de la voluntad de ambas partes. Más propiamente, es un contrato, por lo que se requiere que las partes estén conformes sobre todos los extremos del contrato para considerar la validez de la transacción...”*¹²⁶.

La transacción no produce la cosa juzgada, lo cual es consustancial a la sentencia judicial, pero no impide que pueda producir efectos similares a los de la cosa juzgada, entre los cuales destaca la preclusión de iniciar un proceso judicial, pero para que se produzca dicha preclusión es indispensable que se homologue judicialmente dicha transacción.

En conclusión, FRANCISCO PELÁEZ en su obra *La transacción. Su eficacia procesal* señala que cuando el Código Civil dice que la transacción tiene entre las partes la autoridad de la cosa juzgada, está utilizando una expresión metafórica con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser ley, como cualquier otro contrato, entre las partes contratantes¹²⁷.

Por otra parte, la transacción judicial y la transacción extrajudicial se distinguen por la congruencia entre las prestaciones pactadas con el derecho en litigio; en el caso de la transacción judicial, conforme lo señala el artículo 337° del CPC *“no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso”* a diferencia de la transacción extrajudicial recogida en el artículo 1302° del Código Civil que señala:

¹²⁵ Derecho Civil, Barcelona, Ed. Bosch, Tomo II, Vol. II, 1979, p. 443.

¹²⁶ Lima, 1954, Tomo III Modos de Extinción de las Obligaciones, p. 353.

¹²⁷ Barcelona, Ed. Bosch, 1987, p. 169.

...con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. De la lectura de las citadas normas se puede afirmar que: en la transacción judicial no puede operar la liberalidad sin límite en las concesiones recíprocas, situación que sí permite la transacción extrajudicial; además, esta última no requiere de homologación como sí se permite en la transacción judicial; pero la distinción no se agota en ello, sino en la autoridad de la cosa juzgada que encierra la transacción judicial frente a la extrajudicial¹²⁸.

Asimismo, las clases de transacción se distinguen por el tratamiento procesal. La ejecución de la transacción judicial se realizará bajo los alcances del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, por haberse homologado el acuerdo, el mismo que constituye el título de ejecución, que regula el inciso primero del artículo 713° del CPC; por su parte, el documento privado que contiene una transacción extrajudicial, tiene mérito ejecutivo (inciso quinto artículo 693 del CPC), por lo que puede ser ejecutado en el proceso ejecutivo. Sin embargo, también se puede llegar a la transacción al interior del proceso, sin necesidad de someterla a control jurisdiccional, cuya finalidad es el efecto de la conclusión del proceso, como lo contempla el inciso 4 del artículo 322° del CPC.

5.6. La excepción procesal y excepción de conclusión del proceso por transacción.

Las excepciones también llamadas defensas de forma son el medio a través del cual el demandado denuncia la existencia de una relación procesal inválida, sea por que se ha omitido o se ha presentado defectuosamente un presupuesto procesal o una condición de la acción. Es un medio que se confiere al demandado, en virtud del cual puede poner de manifiesto al Juez la ausencia o insuficiencia de uno de los presupuestos procesales (competencia del Juez, capacidad procesal

¹²⁸ Marianella Ledesma Narváez, “La Transacción Extrajudicial y los Mecanismos Procesales de Defensa”, En: Revista Athina, Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima, N° 4, 2008, p. 170.

de las partes y requisitos formales de la demanda), o de uno de los presupuestos para un pronunciamiento válido sobre el fondo (legitimidad e interés para obrar), con la finalidad de paralizar y subsanar algún vicio procesal o, en su caso, extinguir la relación jurídica procesal.

Con arreglo al principio *lura Novit Curia*, es el Juez como titular de la potestad jurisdiccional, quien tiene el poder-deber de proporcionar el derecho que corresponda al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes, conforme a la pretensión procesal planteada, objeto del proceso. Se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del Juez, y en consecuencia no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de las partes, existiendo el límite de respetar el principio de congruencia.

El principio *lura Novit Curia* no solamente permite suplir o subsanar la omisión en la calificación jurídica sino corregir el derecho mal invocado por las partes. Se realiza a través de dos funciones: **a. Supletoria:** cuando las partes han omitido de plano, los fundamentos jurídicos en que sustentan su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso: contestación de la demanda, reconvención y excepciones; **b. Correctora:** el Juez aplica la norma jurídica pertinente cuando las partes han invocado mal los fundamentos jurídicos de su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso.

En principio en materia de excepciones procesales, la jurisprudencia peruana ha establecido en aplicación del principio *lura Novit Curia* que: *No incurre en nulidad la resolución que por error da denominación distinta a una excepción*¹²⁹. En sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio *lura Novit Curia*, al permitir solo el recurso extraordinario de casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386° del Código Procesal Civil, posición manifestada por el Tribunal Constitucional (ver Expediente N° 8327-2005-AA/TC y Exp. N° 7022-2007-AA/TC).

¹²⁹ Víctor Roberto Obando Blanco, “Estudios de derecho Procesal Civil”, Lima, Editorial San Marcos, 1997, p. 260, Tesis para optar el título de Abogado.

Algunos comentaristas consideran que la regulación de la excepción de *conclusión del proceso por conciliación y transacción* en el CPC resultó innecesaria por motivo que tanto la conciliación procesal como la transacción en tanto conclusivas de un proceso venían equiparadas a una sentencia firme, era sumamente sencillo subsumir tales supuestos dentro de la excepción de cosa juzgada regulada por el inciso 8 del artículo 446°. Para la procedencia de la excepción de conclusión del proceso por transacción, el proceso que se instaura debe versar sobre el conflicto que fue resuelto mediante la transacción extrajudicial (incorporada al proceso y aprobada por el juez). Si bien nuestro ordenamiento procesal de manera taxativa hace referencia a la transacción judicial, no pudiendo tampoco aplicarse una interpretación analógica o extensiva puesto que las excepciones establecidas en el artículo 446° son taxativas, sin embargo, teniendo en cuenta que el inciso 8 del artículo 446° del Código Procesal Civil prevé en forma general la excepción de cosa juzgada, podría entenderse dentro de este supuesto no sólo a las sentencias judiciales firmes que tienen la autoridad de la cosa juzgada, sino aquellos actos a los que la norma les da ese carácter, como es el caso de la transacción extrajudicial o el desistimiento de la pretensión procesal (artículo 344° del CPC).

La Sentencia del Pleno Casatorio con relación a si en base a la transacción extrajudicial –no homologada- se puede deducir la excepción de cosa juzgada, señala: “(...) *Opinamos que no resulta viable su proposición como defensa de forma bajo esa denominación, sino más bien creemos que se puede plantear como Excepción de Transacción propiamente dicha, toda vez que si bien es cierto existen similitudes entre ambas instituciones –Transacción y Cosa Juzgada- se nota la ausencia de identidad entre las mismas y más bien una mayor presencia de diferencias*” (Fundamento jurídico 25).

JUAN MONROY GÁLVEZ señala que no se podrá iniciar demanda por falta de Interés para obrar, alegando el demandado que ANTES del proceso o DURANTE el transcurso de uno anterior, llegó con el demandante a un acuerdo sobre sus diferencias patrimoniales, dándose ambos concesiones recíprocas, es decir,

transigiendo¹³⁰.

Por su parte, el maestro sanmarquino JORGE CARRIÓN LUGO al analizar la “excepción de transacción” nos dice: *“Cuando un proceso civil haya concluido mediante la transacción y, no obstante ello, se inicia un nuevo proceso idéntico a aquél, en el segundo proceso el demandado puede perfectamente deducir la excepción de conclusión del proceso por transacción o simplemente la excepción de transacción (arts. 446°, inc. 10 y 453, inc. 4, CPC)”*¹³¹. La solución está en que la transacción debe ser un medio eficaz para resolver un conflicto.

En posición contraria, están quienes sostienen que no se puede confundir la excepción de conclusión del proceso por transacción con la “excepción de transacción”. Respecto a la excepción de conclusión del proceso por transacción conforme establece el artículo 453° del Código Procesal Civil, sólo puede ampararse si se trata de un proceso idéntico. La excepción a que se contrae el inciso décimo del artículo 446° del CPC, es una en la que alegue que un proceso – anterior- ha concluido por transacción. Por tanto, la misma debe entenderse como transacción judicial y no extrajudicial, criterio asumido por un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como citar el caso de la Casación N° 730-2005-Cajamarca de fecha 9 de junio de 2006 (“El Peruano”, 04 de diciembre de 2006) expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, la misma que cita lo señalado por ALBERTO HINOSTROZA MINGUES (fundamento jurídico 7), quien al comentar los efectos del amparo de la excepción de conclusión del proceso por transacción, refiere que la misma debe entenderse como transacción judicial y no extrajudicial, porque de la misma denominación de la excepción se determina como requisito que ponga fin a un proceso idéntico terminado por transacción lo que solo puede darse con la transacción judicial; así sostiene:

... la esencia de la conclusión del proceso por transacción radica en el

¹³⁰ Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”, en la obra “La Formación del Proceso Civil Peruano. Escritos reunidos”, Lima, Comunidad, 1ra. Edición, 2003, p. 360; publicado asimismo en Revista Thémis, Lima, Segunda Época, N° 27-28, marzo 1994, p. 127.

¹³¹ Tratado de Derecho Procesal Civil, Lima, Editora Jurídica Grijley, Volumen II, 1ra. edición, p. 488.

*carácter de cosa juzgada que tiene la figura jurídica que le sirve de presupuesto, que hace inviable toda revisión del asunto sobre el cual recayó la transacción, y solo la transacción judicial (o la extrajudicial, realizada fuera del proceso e incorporada a él por las partes y aprobada por el Juez, convirtiéndola esto último en judicial), adquiere la calidad de cosa juzgada Se justifica la exclusión de la transacción extrajudicial... porque aquella puede adolecer de nulidad o anulabilidad... no alterándose, por tanto, las relaciones jurídicas sustanciales que constituyeron su objeto...*¹³².

Por su parte la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en los expedientes N° 2383-2005-Cajamarca, N° 2163-2006-Cajamarca, N° 705-2007-Cajamarca, N° 733-2007-Cajamarca, N° 737-2007-Cajamarca y N° 1801-2007-Cajamarca, acogía la excepción señalando que la transacción extrajudicial tiene la calidad de cosa juzgada de acuerdo a la definición de transacción del artículo 1302° del Código Civil, al poner fin a algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, por lo tanto no se contraviene los artículos 446°, inciso 10, y 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, así como tampoco se vulneran los artículos 5° y 1305° del Código Civil, al estar transándose la indemnización sobre el daño que sufrió la parte afectada por el derrame de mercurio, por lo que si bien el daño puede ser extra patrimonial, toda indemnización por sí misma se configura como un derecho patrimonial, respecto al cual sí se puede transigir, y que por consiguiente, la transacción previa al proceso impide que se demande en base a los mismos hechos.

La profesora EUGENIA ARIANO DEHO al abordar el tema *De la excepción de transacción a la 'excepción de conclusión del proceso por transacción'* señala:

... Del propio inciso 10 del artículo 446° del CPC así como del inciso 4 del artículo 453° del CPC se infiere, sin ofrecer posibilidad de duda,

¹³² Comentarios al Código Procesal Civil, Análisis artículo por artículo, Tomo II, Primera Edición, Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, Lima, 203, pp. 896 y 897.

que el supuesto de hecho de la 'excepción' (que no se olvide conduce a la 'nulidad de todo lo actuado y a la conclusión del proceso', conforme lo dispone el inciso 5 del artículo 451° del CPC) es la existencia de un previo proceso idéntico a aquel en el que se ha planteado la excepción, un proceso, en su momento, terminado por transacción; es decir, a la figura de conclusión 'especial' del proceso expresamente regulada por el artículo 337° del CPC.

Sobre esta premisa, la profesora ARIANO DEHO concluye:

Por lo tanto, resulta por demás obvio que en el inciso 10 del artículo 446° del CPC no alberga, a secas, la 'excepción de transacción', es decir, la alegación por parte del demandado de la existencia de un acuerdo transactivo (prescindiendo de que haya habido un previo proceso sobre la controversia transada), sino una figura mucho más delimitada: que hubo un proceso previo idéntico sobre cuyo objeto las partes celebraron un acuerdo transactivo, acuerdo que, previa aprobación judicial, provocó el fin a tal proceso ex artículo 337° del CPC ¹³³. Esta posición de Ariano también aparece en su obra "El proceso de ejecución" al desarrollar si la transacción extrajudicial puede hacerse valer como excepción, señala que: Dada la regulación taxativa de las excepciones no se podría, puesto que el inciso 10 del artículo 446° del Código Procesal Civil hace referencia al supuesto de conclusión de proceso por transacción. Luego, solo podría hacerse valer como defensa de fondo, como hecho extintivo o modificativo del derecho del actor, que fundamenta su pretensión¹³⁴.

En la misma posición la profesora MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ señala:

Si la transacción se celebra fuera del proceso y con antelación a este, no genera el efecto de la cosa juzgada. Tampoco permite oponer la

¹³³ En: "Actualidad Jurídica", Lima, Gaceta Jurídica, enero 2008, Tomo 170, pp. 13 y 14.

¹³⁴ Lima, Rodhas, 1996, p. 217.

excepción de transacción al proceso ya iniciado con posterioridad a su celebración, porque la regulación del inciso 10 del artículo 446 del CPC, requiere de la existencia de un proceso judicial que haya concluido por transacción. La transacción extrajudicial, es sencillamente el argumento para una excepción de derecho material o de fondo, más no procesal, referido a un hecho que se aporta al proceso con la finalidad de hacer inaplicable la pretensión del actor; por ello, nuestra legislación no contempla de manera expresa la ‘excepción de transacción’, sino la de ‘conclusión del proceso por transacción’, la cual requiere necesariamente de la existencia de un proceso que haya concluido¹³⁵.

ROLANDO MARTEL CHANG afirma que para proponer una excepción de conclusión del proceso por transacción, es necesario que ella se sustente con una transacción judicial debidamente aprobada por el órgano jurisdiccional, resultando claro que lo que se está denunciando es la falta de interés para obrar del demandante. Observa que no todos los defectos relacionados con las condiciones de la acción y los presupuestos procesales pueden ser denunciados mediante las excepciones, ilustrando esta idea relacionándola con el interés para obrar, el petitorio jurídicamente imposible o la indebida acumulación de pretensiones. En estos casos la demanda es improcedente, según los preceptos del artículo 427° del Código Procesal Civil. Por ello, plantea que:

El Código Procesal permite a la parte demandada formular la nulidad procesal para denunciar defectos relativos a las condiciones de la acción y a los presupuestos procesales de forma, que no pueden denunciarse vía excepción, al no haber sido previstos expresamente por la norma procesal¹³⁶. Sin embargo, discrepamos con Martel de su propuesta al señalar:...Somos de la idea de que hubiera sido lo

¹³⁵ La transacción extrajudicial y los mecanismos procesales de defensa”, En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 112, Lima, Gaceta Jurídica, enero 2008, p. 170.

¹³⁶ Las defensas de forma y el Primer Pleno Casatorio Civil”, En: Actualidad Jurídica N° 174, Lima Gaceta Jurídica, mayo 2008, p. 85.

*correcto proponer la nulidad y no la excepción, con lo cual no se alteraba la naturaleza de las cosas ni de las normas que regulan las excepciones...*¹³⁷

Debido a que la nulidad de actuados importa un incidente (procedimiento interlocutorio) y si el demandado alega haber celebrado con el demandante una transacción extrajudicial debe ser opuesto como argumento de defensa de fondo, pues solo de ese modo el demandado y el Juez van a tener una amplia etapa para determinar la validez de tal acto.

Nuestra posición se encuentra en la interpretación sistemática de los artículos 446° numeral 10 y 453° del CPC, que sólo admite que la transacción sea opuesta cuando se trate de una transacción judicial, además la transacción extrajudicial no es inmutable. Por tanto el argumento de la transacción extrajudicial deberá hacerse valer como **defensa de fondo** conjuntamente con la contestación, como hecho extintivo o modificativo del derecho del demandante, que fundamenta su pretensión procesal, objeto del proceso. Será el Juez quien determinará la validez de tal acto, pudiendo declarar de oficio la nulidad manifiesta, con observancia del principio del contradictorio de las partes.

En virtud del artículo 337° del CPC para que una transacción ponga fin a un proceso, esta debe ser homologada por el Juez (transacción judicial). El artículo 322° inciso 4 del CPC regula la opción de concluir un proceso con declaración sobre el fondo mediante la transacción, debiendo observarse los requisitos previstos en los artículos 334° y siguientes del Código. Las excepciones reguladas en el artículo 446° del CPC son *numerus clausus*, y solo pueden proponerse las que están expresamente previstas en el Código. De acuerdo con el artículo 453° inciso 4 del CPC es fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción cuando se inicia un proceso idéntico a otro en que las partes transigieron. La transacción extrajudicial se presenta cuando esta tenga por objeto el decidir algún punto dudoso o litigioso para evitar un proceso futuro. La

¹³⁷ Ob. Cit., p. 85.

transacción extrajudicial no reúne los requisitos para ser considerada un título de ejecución como sí lo es la sentencia judicial o un laudo arbitral, lo que no deriva de la interpretación literal del Código Civil de ser considerada como “cosa juzgada”. En conclusión, la transacción extrajudicial es un contrato pero no un modo de extinción del proceso.

En la doctrina procesal se enseña que existen hechos extintivos, impeditivos o modificativos que por desconocimiento u olvido del demandante, existen al momento que ejercita su derecho de acción sin que este lo advierta. Estos hechos están referidos no al proceso sino se refieren al derecho sustantivo del demandante o a la relación jurídica sustantiva establecida previamente al proceso con el demandado. En consecuencia, estos hechos conforman una defensa típica antes que una excepción, relacionados a la defensa de fondo del demandado.

La doctrina del derecho civil es unánime en cuestionar el hecho de que no pueden asimilarse íntegramente los efectos de la transacción a los de la cosa juzgada, dado que por ejemplo la característica esencial de la cosa juzgada se encuentra en su inmutabilidad sin la cual simplemente no tendría razón de ser. En cambio, la transacción siendo un contrato, no goza de esta inmutabilidad sino más bien puede ser objeto de nulidad, anulabilidad. La transacción tiene fuerza de ley entre las partes según los principios del derecho de los contratos, siendo por tanto su finalidad poner fin a las cuestiones transigidas, ellas no pueden ser discutidas de nuevo. El efecto preclusivo de la transacción no convierte sus efectos jurídicos en inmutables.

El profesor ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ ante el problema de excluir la transacción extrajudicial de los alcances del artículo 453.4 del CPC, porque esta puede adolecer de nulidad o anulabilidad (artículo 219° al 229°), señala que significaría dejar sin efecto el artículo 1302° del Código Civil que define a la transacción señalando que es el acto por el que *“...las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado”*, decisión que para ellas tiene la calidad de cosa juzgada, la misma que es el sustento de la seguridad

jurídica¹³⁸. En esta misma posición encontramos al profesor JUAN MORALES GODO, quien señala:

*Si ambas transacciones, la civil y la judicial, pueden ejecutarse de acuerdo a las reglas de los procesos de ejecución... adquiriendo ambas la calidad de cosa juzgada; de la misma forma ambas pueden ser opuestas por alguna de las partes, como excepción procesal. El tema es claro respecto de la transacción judicial, en virtud a que el artículo 713° inciso 1 del CPC hace referencia a ella. Sin embargo, por interpretación analógica podemos concluir que la transacción civil, que tiene las características principales comunes con la judicial, también podría ser deducida como excepción, para poner fin a un litigio, cuyas pretensiones versan sobre lo que ha sido materia del acuerdo transaccional.*¹³⁹

5.7 Nulidad manifiesta.

La Sentencia del Pleno Casatorio sostiene lo siguiente: *“Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220 del Código Civil- que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces...”* (Fundamento jurídico 39).

Como se señaló anteriormente, lo trascendente en el caso en cuestión es que siendo menores de edad tres de los afectados, éstos fueron representados por su madre (la demandante del proceso), por lo que de acuerdo con el artículo 1307° del Código Civil, era exigible la aprobación judicial, previa a la transacción, según lo dispuesto por los artículos 447° y 448° del Código Civil, sin embargo, en este caso, la aprobación del Juez fue un año después de celebrada la transacción.

Respecto a la transacción sobre derechos de menores de edad, el Pleno

¹³⁸ En: “Actualidad Jurídica”, Lima, Gaceta Jurídica, enero 2008, Tomo 170, p. 22.

¹³⁹ “¿La transacción civil puede oponerse como excepción procesal?” En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 114, Gaceta Jurídica, marzo 2008, p. 141.

Casatorio conforme a lo prescrito por dichos dispositivos legales, sostiene:

...Si bien en el artículo 447° se dice que se requiere contar con previa autorización judicial, por su parte el artículo 1307° preceptúa que se debe contar con la aprobación del Juez, no indicando si esta debe ser anterior o posterior a la celebración de la transacción. Es más, el artículo 447° no sanciona con nulidad cuando se ha realizado alguno de los actos jurídicos que señala sin contar con la autorización previa, por tanto bien se puede tener dicha autorización posteriormente. Caso distinto es el de la transacción, donde no se menciona que la aprobación del Juez debe ser necesariamente anterior a su celebración, con lo cual se concluye que ella pueda ser posterior a su realización. El hecho concreto es que debe contarse con tal aprobación, como en efecto aconteció en el caso de autos (Fundamento jurídico 80).

Cabría declarar de oficio la nulidad del acto jurídico (transacción extrajudicial), en aplicación del segundo párrafo del artículo 220° del Código Civil, siendo congruente que la transacción extrajudicial es el sustento de la excepción procesal deducida y la inobservancia de normas de orden público. Sin embargo, debe observarse que dicha potestad debe ejercerla respetando el debido proceso y, particularmente, el derecho de defensa de las partes, por ser un mandato imperativo regulado en el artículo 50° inciso segundo del Código Procesal Civil. Tal es el criterio seguido en la jurisprudencia nacional como el que señala la Casación N° 1324-05-Puno de fecha 3 de abril del 2006, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 30 de octubre del 2006.

En la doctrina nacional, el profesor JUAN GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA en su obra *El negocio jurídico* señala:

Por nulidad manifiesta se conoce aquella que no requiera de otro examen o información diferente a la constante en el documento que instrumente el negocio o aquella a la que el Juez haya accedido en el

*curso de un procedimiento en el cual el negocio haya surgido, si bien no como cuestionado en su validez.*¹⁴⁰.

El autor fija su posición, de que la ley le da al Juez la posibilidad de declararla si en el curso de un proceso tomara conocimiento de ella, porque el Juez no puede permanecer impasible ante un negocio, por ejemplo, inmoral o ilegal, y está aceptada por varios ordenamientos legales, como el argentino, el brasileño, el colombiano y el español.

Se ha señalado que la bondad del segundo párrafo del artículo 220° del Código Civil es que no toda nulidad puede ser tomada en cuenta, sino solo la manifiesta. Sin embargo, deberá establecerse límites (v.g. el Juez tenga competencia si la nulidad hubiera sido demandada, la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto, observancia del principio del contradictorio a las partes del proceso y si éste involucra a terceros), para que no se convierta en una atribución desmedida del Juez, como ocurriría en el caso de declararse la nulidad de las transacciones sobre alimentos que se dan en el curso de procesos judiciales en un proceso de prorratio de alimentos, pues en definitiva sería como si, de oficio, un Juez declare la nulidad de la sentencia de otro Juez¹⁴¹. En otros ordenamientos no se establece límite (manifiesta), estableciendo que la nulidad puede ser declarada de oficio sin diferenciación alguna, como ocurre con el artículo 1421° del *Codice* italiano que establece: *“Salvo disposición diversa de la ley, la nulidad puede ser alegada por cualquiera que tenga interés y puede ser declarada de oficio por el juez”*.

5.8 Comentarios a la sentencia del primer pleno casatorio civil.

La Sala Plena de la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación, otorgando eficacia a la transacción extrajudicial dentro de un proceso donde se discute la materia transigida, señalando como precedente vinculante que la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como

¹⁴⁰ Lima, Librería Studium Editores, Primera Edición, 1986, p. 413.

¹⁴¹ Ver Casación N° 1864-2000-San Román expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 07 de marzo del 2001.

excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del artículo 453° del CPC, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la transacción.

Con relación a las transacciones celebradas en relación con derechos de menores de edad, las que deben ser autorizadas por el Juez conforme a ley, la Sala Plena deja establecido que las transacciones extrajudiciales realizadas por los padres de un menor de edad, aprobados después por un Juez, cumplen con el artículo 448° del Código Civil. En consecuencia, el acto que efectuaron los padres en nombre de sus hijos transigiendo, resulta válido.

Finalmente, se refiere que la legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos –entiéndase derechos colectivos–, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82° del CPC, es decir, sólo pueden reclamar daños ambientales las instituciones sin fines de lucro, gobiernos regionales, municipales, comunidades campesinas o nativas, entre otras, pero no las personas naturales. En consecuencia, la persona natural no puede solicitar una indemnización alegando daños ambientales.

Sobre el precedente vinculante que la transacción extrajudicial no homologada judicialmente pueda ser opuesta como excepción procesal y la validez de las transacciones en que participan menores, aprobados después por un Juez, a opinión personal, no cumplen los presupuestos establecidos en la norma procesal y norma sustantiva, respectivamente, que han sido desarrollados en este trabajo, destacando que el acto jurídico nulo no puede ser confirmado o convalidado.

Coincidimos con ALDO ZELA cuando señala “...el Pleno Casatorio pudo haber brindado un mensaje social trascendental sobre el peligro de la contaminación y las precauciones que deben tomarse al respecto, sin embargo, la Corte Suprema optó simplemente por no asumir el problema, dejando una gran sensación de impunidad”¹⁴².

5.9 Notas finales.

¹⁴² Diálogo con la Jurisprudencia N° 116, Gaceta Jurídica, mayo 2008, p. 69.

- A. La transacción siendo un contrato, no goza de la característica de la inmutabilidad de la cosa juzgada sino más bien puede ser objeto de nulidad, anulabilidad. La transacción tiene fuerza de ley entre las partes según los principios del derecho de los contratos, siendo por tanto su finalidad poner fin a las cuestiones transigidas, ellas no pueden ser discutidas de nuevo. El efecto preclusivo de la transacción no convierte sus efectos jurídicos en inmutables.
- B. Cuando el Código Civil en su artículo 1302° último párrafo dice que la transacción tiene entre las partes la autoridad de la cosa juzgada, está utilizando una expresión metafórica con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser ley, como cualquier otro contrato, entre las partes contratantes
- C. Nuestra posición se encuentra en la interpretación sistemática de los artículos 446° numeral 10 y 453° del CPC, que sólo admite que la transacción sea opuesta cuando se trate de una transacción judicial, además la transacción extrajudicial no es inmutable. El artículo 322° inciso 4 del CPC regula la opción de concluir un proceso con declaración sobre el fondo mediante la transacción, debiendo observarse los requisitos previstos en los artículos 334° y siguientes del Código. Las excepciones reguladas en el artículo 446° del CPC son *numerus clausus*, y solo pueden proponerse las que están expresamente previstas en el Código.
- D. El argumento de la transacción extrajudicial por tanto deberá hacerse valer como defensa de fondo, como hecho extintivo o modificativo del derecho del demandante, que fundamenta su pretensión procesal, objeto del proceso. Será el Juez quien determinará la validez de tal acto, pudiendo declarar de oficio la nulidad manifiesta, con observancia del principio del contradictorio de las partes.

6. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.

CARLOS BERNAL PULIDO en su obra *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*, al desarrollar el tema sobre el

precedente judicial nos dice:

*El precedente constitucional es un caso especial de jurisprudencia. Es un precedente constitucional toda ratio decidendi que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar una decisión suya. En este sentido, el precedente constitucional es un argumento contenido en la parte motiva de toda sentencia de la Corte Constitucional, que... se diferencia del fallo y de los obiter dicta o afirmaciones de carácter general, en que en estricto sentido no representan un pilar de la sentencia, sino sólo una razón argumentativa de orden secundario. El precedente constitucional es entonces una parte de toda sentencia de la Corte Constitucional, en donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas...El precedente constitucional es, por consiguiente, una parte de la jurisprudencia y, como consecuencia, su obligatoriedad depende de la obligatoriedad que se atribuya a la jurisprudencia en el sistema jurídico de que se trate...*¹⁴³.

La noción de jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas: a. Es un Tribunal de casos concretos, es decir, resuelve conflictos; y, b. Es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los Jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros.

En materia procesal constitucional, el precedente encuentra su antecedente

¹⁴³ Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 151.

legislativo en el artículo 9° de la derogada Ley No. 23506, que establecía que las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender “principios de alcance general”, dando sin embargo, a los Jueces la posibilidad de apartarse del criterio en la medida de que sustenten las razones de hecho y de derecho que así lo justifiquen.

Han existido intentos por introducir en el ordenamiento jurídico peruano determinadas reglas normativas emanadas de las sentencias que se aproximen al instituto del precedente anglosajón, siendo relevante la incorporación del precedente constitucional vinculante por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Mediante Sentencia del TC de fecha 10 de octubre de 2005, recaída en el Expediente No. 0024-2003-AI/TC Lima, se señala que la noción de precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el TC decide establecer como regla general; y, que, por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En dicha Sentencia se ha establecido las condiciones del uso del precedente constitucional vinculante:

- a. Existencia de relación entre caso y precedente vinculante, debiendo ser necesaria para la solución del caso planteado.
- b. Decisión del TC con autoridad de cosa juzgada, que comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

Asimismo, se establece los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante:

- a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante; cuya competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes: (i) expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión; (ii) expresión de la razón declarativa-teleológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión; (iii) determinación de sus efectos en el tiempo.

Respecto a la eficacia prospectiva del precedente vinculante (*prospective overruling*), el Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

Un sector de la doctrina nacional y extranjera, ha criticado que el Tribunal Constitucional al momento de fijar o de cambiar de precedente, opte por establecer la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán

aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión, como ocurrió en materia de amparo-previsional, amparo-laboral y cumplimiento (que terminaron aplicándose a todos los casos pendientes, incluso los iniciados antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional, con la STC No. 1417-2005-PA del caso Manuel Anicama Hernández, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005, STC No. 0206-2005-PA, publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005, STC No. 0168-2005-PC/TC del caso Maximiliano Villanueva Valverde. En este último caso, se ha señalado que lo que se ha de criticar del Tribunal Constitucional es que se haya olvidado de que el proceso de cumplimiento es un proceso constitucionalizado como, a su vez, lo es el contencioso administrativo, que no admite ser tratado –al menos procesalmente- como un proceso constitucional, toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando este haya sido creado directamente por la Constitución; asimismo el Tribunal Constitucional se equivoca al considerar la eficacia de las leyes y de los actos administrativos como un derecho constitucional, ya que la eficacia de las leyes y de los actos administrativos es un principio básico y general del Derecho¹⁴⁴.

El profesor HÉCTOR LAMA MORE en un artículo titulado *Los dramáticos efectos de una sentencia vinculante*, analizando el precedente constitucional vinculante contenido en la Sentencia No. 1417-2005-AA/TC señala:

El debate o controversia se centra en la exigencia impuesta por el TC de que tal cambio se aplique, no a los supuestos de hecho que se presenten en adelante, sino a los ya existentes, disponiendo por ello su inmediato cumplimiento, incluso a los procesos de amparo en trámite. Es bueno precisar que en las oportunidades en que el TC ha aplicado la técnica de cambio de orientación jurisprudencial –overruling- ha sido, no para ser aplicado de inmediato, sino sólo en relación con los hechos

¹⁴⁴ Luis Castillo Córdova, *El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional*. En: Actualidad Jurídica, No. 145, Lima, Gaceta Jurídica, Diciembre 2005, pp. 131 y 133.

*verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el overruling; en su versión sajona, cita el TC, tal técnica se le conoce como prospective overruling; ello significa, como corresponde, que el cambio o variación jurisprudencial debe ser aplicado a los supuestos que se presenten en adelante y no a los actuales, tal regla es sana y razonable*¹⁴⁵.

La previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una herramienta que podría ayudar a suplir las deficiencias legales, permitiendo la defensa de los derechos fundamentales, labor que corresponde por excelencia al TC. Sin embargo, según su texto es una aventura de descubrimiento que no debió incluirse, al no haberse previsto el apartamiento del precedente por el Juez constitucional y no únicamente por el Tribunal Constitucional, por lo que se requiere una urgente reforma legislativa (posición de los profesores JUAN MONROY GÁLVEZ, FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, entre otros). Se ha dicho con razón que el precedente no es nuestro y no es sencilla su implantación.

En sede nacional, un sector crítico ha sostenido que los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional regulado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional quiebra la independencia judicial a la Constitución y a la ley, además infringe el principio de prohibición de avocamiento consagrado por el artículo 139° inciso 2 de la Constitución Política. La profesora EUGENIA ARIANO DEHO en su artículo titulado *Precedentes Vinculantes y Pirámide Normativa. Los frenesís de poder del Tribunal Constitucional* a propósito de la STC No. 04245-2006-PA/TC de fecha 8 de agosto de 2006, sostiene que por los efectos que ha producido este artículo VII en el concreto operar del tribunal, habría variado su posición institucional-constitucional: de ser Juez último en la tutela de los derechos constitucionales (inc. 2 del artículo 202° Const.) y Juez único para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de normas con rango de ley (inc. 1 del

¹⁴⁵ Diario Oficial “El Peruano, Suplemento de Análisis Legal Jurídica, No. 60, de fecha 23 de agosto de 2005, p. 4.

artículo 202 Const.) así como los conflictos de competencia y atribuciones entre órganos constitucionales (inc. 3 del artículo 202° Const.) se habría transformado en un juez normador, en cuanto “creador” (bajo el nombre de “precedente vinculante”) de “reglas preceptivas comunes” a las cuales todos estaríamos indefectiblemente vinculados (cosa que ni ocurre en los países-patria de los “precedentes”, incluso retroactivamente¹⁴⁶).

No es correcto aducir un peculiar “precedente constitucional”. Si no hay Tribunales Constitucionales en el *common law* se estaría afirmando un absurdo. El precedente no es inflexible. Al precedente constitucional hay que ponerlo en su justo lugar, no es un “dogma de fe”. El Tribunal Constitucional ordena, bajo responsabilidad, el cumplimiento de los precedentes. El apartamiento razonado de un precedente constitucional no debiera configurar responsabilidades imputables a quienes se alejen de este tipo de pronunciamientos, salvo que se acredite fehacientemente que ese apartamiento es consecuencia de una grave conducta funcional (posición del profesor ELOY ESPINOSA SALDAÑA).

El profesor JUAN MONROY señala que cuando el Tribunal Constitucional ha decidido que el apartamiento de sus precedentes genera nulidad de las resoluciones judiciales y sanciones en el Juez que lo hace está asumiendo un poder que no tiene ningún Juez en el mundo. Cita a TARUFFO que dice: “*Es un extremo teórico que tal vez no se encuentra en la práctica concreta en ningún ordenamiento*”.

En el *Common Law* el *Stare Decisis* determina que el precedente sea fuente de derecho y además tenga fuerza vinculante. Todo Juez en cualquier sistema –*Civil Law* o *Common Law*– se puede apartar de un precedente, sea o no vinculante, siempre que fundamente su apartamiento.

El *Common Law* constituye la base del sistema legal del Reino Unido (excepto Escocia), la República de Irlanda, los Estados Unidos (excepto Luisiana y Puerto Rico), Canadá (excepto Québec), Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, India,

¹⁴⁶ En: Diálogo con la Jurisprudencia No. 96, Lima, Gaceta Jurídica, Setiembre 2006, pp. 87 y 88.

Singapur y Hong Kong, entre otros países de habla inglesa miembros del *Commonwealth*.

El Common Law funciona basado en un principio procesal denominado *stare decisis*, que garantiza un cierto nivel de seguridad jurídica en las decisiones que toman los tribunales, sin embargo, dicho principio procesal no es una directriz inexorable, porque los Principios Generales del Derecho indican si un determinado precedente, obtenido en virtud del *stare decisis*, debe mantenerse, interpretarse de una nueva manera o cambiarse, debido a que éstos son verdaderas normas jurídicas.

En esa misma línea, el profesor ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA también fija posición respecto a la posibilidad de que el Juez ordinario decida apartarse de un precedente constitucional:

En primer lugar, no debe olvidarse que, como bien señala Ugo Mattei, analizando lo que ocurre en los Estados Unidos de América, el juez o jueza que se encuentra con un precedente establecido por otros(as) puede armonizar, criticar, limitar, cuestionar o distinguirse de un precedente. Dicho con otras palabras, puede seguirlo y aplicarlo sin más a su caso en concreto; aplicarlo aunque anotando su discrepancia con lo allí planteado; restringir los alcances de las situaciones a las cuales puede aplicarse; criticar lo allí consignado, proporcionando elementos que pueden llevar a la posterior modificación (overruled) del precedente; o no aplicarlo, aduciendo, y a veces con mucha facilidad, que lo que se tiene que resolver es una situación distinta a aquello que genere ese precedente.

Y si se trata de un precedente fijado por la misma institución, me permito añadir, siempre cabe recurrir, explícita o implícitamente, a la técnica del cambio del precedente u overruling. Lo expuesto sin embargo no obsta además para que en ocasiones los jueces o juezas consideradas del grado inferior puedan recurrir al anticipatory

overruling (adelantarse al cambio del precedente que, de todas maneras, todo indica será asumido por quien lo estableció) o al prospective overruling (apartarse del precedente establecido para situaciones futuras pero mantenerlo vigente para la situación en particular que le permitió conocer esta materia)

En mérito a lo expuesto, y en segundo término, debe tenerse presente que en Derecho Comparado es abiertamente aceptado que cabe un apartamiento de un precedente ya establecido, siempre y cuando exista motivación suficiente para ello. Ya profundizando en el razonamiento aquí esbozado, se tiende a apuntalar como justificaciones adecuadas para apartarse de un precedente a la del cambio de condiciones existentes (cambio que a su vez puede habilitar un tratamiento distinto en esta materia), la de la mayor o menor tutela de los derechos fundamentales de los involucrados (constituyéndose así el precedente un estándar mínimo frente al cual puede irse más allá en defensa y aplicación de la progresividad inherente a derechos como los de carácter fundamental); o finalmente, el apartamiento razonado en ejercicio de un derecho a la sana crítica¹⁴⁷.

En tal virtud, el apartamiento al precedente es pues siempre una posibilidad, aunque excepcional y razonada. El uso del precedente se sustenta en criterios de razonabilidad para decidir. Se toma como argumento central, complementario o se abandona. Por ejemplo, cuál sea la *ratio decidendi* o la *obiter dicta* es una discusión abierta. Es una temática compleja.

Mediante Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de octubre de 2005, recaída en el Expediente No. 0024-2003-AI/TC Lima, se ha estipulado que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*), la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo

¹⁴⁷ Precedentes constitucionales en el Perú: surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos, material de lectura de la Academia de la Magistratura, 2010, p. 22.

constitucional /decisum).

El profesor y magistrado del Tribunal Constitucional VÍCTOR GARCÍA TOMA en su artículo titulado *La Sentencia Constitucional* ¹⁴⁸ señala:

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el tribunal. Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la base o puntal de un precedente vinculante.

La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión, se justifican por razones pedagógicas u orientadoras, según sea el caso en donde se formulan.

La invocación preceptiva es aquella parte en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad, utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria o accidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso.

¹⁴⁸ Diálogo con la Jurisprudencia No. 100, Enero 2007, páginas 15-16.

CAPÍTULO 4: MECANISMOS PROCESALES EN APLICACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

Sumario: 1. Introducción. 2. Rechazo liminar de la demanda: causales de improcedencia de la demanda. 3. Principio de igualdad ante la ley procesal. 4. Principio de elasticidad de las formas procesales. Excesivo ritualismo. 5. Acumulación de pretensiones. 6. Notificaciones. 7. Saneamiento del proceso. 8. Fijación de hechos controvertidos y principio de no contestación. 9. La titularidad de los derechos individuales homogéneos. 10. Improcedencia de la declaración de abandono. 11. Inaplicación de la exigencia de presentar acta de conciliación extrajudicial. 12. Finalidad de la prueba. 13. La nulidad procesal. La nulidad como remedio y como recurso y los supuestos de aplicación. 14. Derecho a la debida motivación en la doctrina y jurisprudencia constitucional. 15. Litispendencia. 16. Cosa juzgada. 17. El principio *iura novit curia*. 18. Discrecionalidad judicial: principio de equidad. 19. Acceso a los recursos. 20. Aforismo "*Reformatio in peius*". Principio de la prohibición de la reforma peyorativa. 21. Derecho a la efectividad de las sentencias. Eficacia procesal. 22. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria impugnada. 23. La existencia de dos sentencias contradictorias: ¿Cuál debe prevalecer? 24. Formas de tutela jurisdiccional de los derechos y los tipos de sentencia. 25. La tutela cautelar. 26. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. 27. El costo del proceso. 28. Indebido uso de la abstención de los Jueces afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. 29. Conducta maliciosa de los abogados. Abuso de derecho impidiendo la tutela jurisdiccional efectiva. 30. Notas finales.

1. INTRODUCCION

A continuación del marco teórico desarrollaremos el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en los distintos momentos estelares del proceso o situaciones procesales, que resalta el interés práctico del tema que abordamos, explicando aquéllas **manifestaciones concretas de dicho derecho en el proceso** (sean como derechos contenidos en él, principios, potestades del Juez, así como otras instituciones jurídicas cuyo fundamento es la tutela jurisdiccional

efectiva) a través del desenvolvimiento de sus distintas etapas, y, a partir de allí, definir algunas situaciones que puedan concebirse como controvertidas, además de otros puntos que pueden denominarse ‘casos atípicos’.

Los mecanismos procesales tienen que ver con los derechos, principios, potestades del órgano jurisdiccional, instituciones procesales e incluso hay procedimientos enteros, como el cautelar, siendo el criterio seguido para elegir los temas que contiene el sumario, resaltar los supuestos de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva así como el otorgamiento del mismo. Es importante observar allí que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se entiende solamente desde la perspectiva del demandante, sino también del demandado, por cuanto muchas de las instituciones que luego se abordan sirven precisamente para tutelar los intereses de la parte demandada (por ejemplo, el rechazo *in limine* de la demanda).

La relación del proceso con el derecho material es un aspecto de mayor importancia en la teoría y práctica de la tutela jurisdiccional. El proceso revela un valor propio, al establecer las formas, inclusive las formas de tutela, por medio de las cuales se puede tornar efectivo el derecho material, sin perjuicio de la eficacia y de los efectos propios de la actividad jurisdiccional. La evolución de la sociedad y del derecho pasó a exigir, sin embargo, el ejercicio de la jurisdicción con el objetivo de tutelar no sólo derechos subjetivos, sino el propio ordenamiento constitucional. La instrumentalidad pone al descubierto la indispensabilidad del derecho material para el derecho procesal, en el sentido que este último no tendría razón de ser o ni siquiera posibilidad de existir si no contase con el derecho material. Al mismo tiempo, y correlativamente, sin el derecho procesal no podría existir un ordenamiento que es caracterizado por la prohibición de auto tutela¹⁴⁹.

Todo el proceso está impregnado del derecho material. El derecho regula las relaciones sociales. El demandante alega hechos jurídicamente relevantes, esto es, aquellos que encuadrándose en el esquema de una norma generan

¹⁴⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional. Lima, Comunitas, 2008, pp. 156 y 158.

determinadas consecuencias jurídicas. De ahí, que resulte necesario establecer los conceptos de interés, satisfacción y tutela. Consideramos al Interés como la expectativa de obtener una ventaja material. Cuando éste se encuentra previsto por el derecho, se le denomina Interés jurídico (con relevancia jurídica). Cuando logramos realizar nuestro interés, desaparece y pasamos, como es de entenderse, a un estado distinto que denominamos satisfacción. Existe una relación de sucesión temporal entre uno y otro. Finalmente, a esta protección del interés jurídico relevante se le denomina tutela¹⁵⁰.

En el ámbito de las situaciones jurídicas protegidas existen dos distinciones que se pueden dar:

- Las situaciones jurídicas de ventaja, encaminada a asegurar al titular un resultado favorable;
- Las situaciones jurídicas de desventaja, funcionalmente coordinada con la consecución de tal resultado y por ello, impone, en este sentido un sacrificio de su titular.

En el derecho sustantivo se regulan remedios para proteger un derecho material. La pretensión procesal pertenece al derecho procesal, donde encontramos la atipicidad de la acción, entendido el derecho de acción como derecho subjetivo, público, abstracto, autónomo, poder general a solicitar al órgano jurisdiccional cualquier derecho. Existen además las formas de tutela privada que regula el derecho material (remedios), como la hipoteca, el pacto comisorio, por ejemplo, las que se diferencian con las formas de tutela del derecho procesal, que son, más bien, jurisdiccionales.

El profesor CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, como ya se señaló, observa que el derecho subjetivo público, debido a su abstracción, no explica suficientemente el fenómeno de la tutela jurisdiccional y sus relaciones con el

¹⁵⁰ Juan José Monroy Palacios. Panorama actual de la justicia civil. Una mirada general desde el proceso. En: Revista Peruana de Derecho Procesal VI. Lima, Estudio Monroy Abogados, 2003, p. 275.

derecho material¹⁵¹.

Alcanzada la autonomía del Derecho Procesal como ciencia jurídica autónoma, de experiencia muy reciente, a partir de los trabajos de OSCAR VON BÜLOW en Alemania, su libro “La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales”, aparecido en 1868, la reforma del proceso austriaco por la obra genial de FRANZ KLEIN, autor de la ZPO austriaca de 1895, entre otras obras jurídicas realizadas durante el siglo XIX, afirmada finalmente con la obra de CHIOVENDA, degeneró en una situación no advertida inicialmente, que consistió en la casi total desvinculación del Derecho Procesal respecto del Derecho Material. Se ha venido creando así una suerte de censura, en palabras de ANDREA PROTO PISANI, según el cual, los alcances realizados por el Derecho Material poco tienen que ver con el proceso y viceversa. Se creyó que la función instrumental del proceso estaba cubierta con la existencia del proceso de conocimiento capaz de solucionar indistintamente todos los conflictos acaecidos en el Derecho Material, sin poder ver el surgimiento de nuevos derechos que exigen de una forma de tutela jurisdiccional diferenciada.

Planteada la problemática de la interdependencia funcional respecto a la influencia del derecho procesal en el derecho material, diremos que el énfasis puesto por los procesalistas de principio del siglo XX ha sido resaltar el carácter autónomo del Derecho Procesal. La autonomía científica lograda con el proceso trajo consigo, de manera poco perceptible al principio, una separación tan radical entre ambas disciplinas que llevó al proceso a perder de vista su finalidad principal: **la instrumentalidad respecto a la realización de los derechos materiales**. El Derecho Material visto con prescindencia del proceso, constituye un coherente abanico de reglas jurídicas, pero incapaz de hacerse efectivas ante la falta de cumplimiento espontáneo de sus actores. El Derecho Procesal no puede permanecer más ajeno a los requerimientos del Derecho Material. Es necesario realizar un ejercicio de integración entre ambas disciplinas y dejar a un lado el injustificable “aparciamiento” o “polarización” de los derechos.

¹⁵¹ Ob. Cit., p. 140.

La ruptura del procesalismo actual, respecto a la postura científica de la primera mitad del siglo XX, comienza a verificarse en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales, entre los cuales es pieza importante el llamado derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El proceso, comienza a adquirir una nueva dimensión –la constitucional- en el entendimiento de que la función pública del Estado a través del proceso, asume la responsabilidad de dotar a los ciudadanos de un medio eficaz y oportuno que permita la convivencia pacífica y justa.

Debe postularse la “instrumentalidad del proceso”, como ocurre en el Brasil con el movimiento renovador de la doctrina tradicional del derecho procesal (ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÁNDIDO RANGEL DINAMARCO, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, LUIZ GUILHERME MARINONI, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE), para un Derecho Procesal que sea construido en función de los requerimientos surgidos del Derecho Material y, cuando este sea insuficiente, impreciso o injusto, en función de las necesidades de la comunidad sobre la que se emplea. Actualmente la retroalimentación entre uno u otro aparecen mezcladas, por lo que existe verifica también la relación en sentido inverso, esto es, la influencia del derecho material en el proceso.

2. RECHAZO LIMINAR DE LA DEMANDA: CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

El primer deber del Juez es la calificación de la demanda pronunciándose sobre su admisibilidad y procedencia (artículos 426° y 427°) y en su oportunidad respecto a la reconvención, más propiamente contra pretensión, objeto material del proceso que se dirige a la parte contraria (artículo 445°). La calificación versa sobre dos aspectos: que la demanda reúna los requisitos de admisibilidad o sobre los presupuestos de procedencia de la misma (artículo 128°). La inadmisibilidad y la improcedencia son conceptos que se encuentran claramente definidos en el artículo 128° del Código Procesal Civil. El acto procesal deberá ser declarado inadmisibile cuando carece de un requisito de forma o este se ha cumplido defectuosamente, siempre que resulte factible de ser subsanado, a diferencia de

la improcedencia, que opera cuando la omisión o defecto que se advierte en el acto procesal, es de un requisito de fondo y por ende, no brinda margen a la parte para que pueda superarlo.

Debemos destacar el desarrollo relativo a los orígenes o antecedentes en el derecho comparado de los artículos 426° y 427° del Código Procesal Civil, como es el caso del Código brasileño de 1939 (artículo 160°), a decir también de los autores del Proyecto de Código Tipo para Iberoamérica (inciso 1 del artículo 33°); en el fin de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso, en definitiva, en el inútil dispendio de actividades procesales. En el inciso 1 del artículo 33° del Código-Tipo se propuso que: *El Tribunal está facultado para rechazar in limine la demanda cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido*, cuyo antecedente lo encontramos en el Código brasileño de 1939 (artículo 160°). En resumen, representa una innovación al tratarse no sólo de los requisitos de admisibilidad sino además, la fundabilidad, lo que constituye un paso muy importante en el aumento de las facultades del juzgador.

El rechazo liminar de la demanda se encuentra condicionado a la “manifiesta” improcedencia, por cuanto tiene que aparecer con toda claridad, sin dejar dudas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la calificación de la demanda es facultad del Juez analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda, no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas ofrecidas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de una resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda¹⁵².

El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido innumerables oportunidades que el rechazo liminar o de plano de una demanda no solo se condiciona a la

¹⁵² Resolución Casatoria No. 1691-99-Callao expedida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 7 de diciembre de 1999, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 21 de enero del 2000, p. 4629.

existencia de una o varias causales de improcedencia sino a que estas se presenten de manera evidente o manifiesta requiriéndose adicionalmente de una adecuada motivación que sustente la consabida decisión, tal y como lo señala el artículo 47° del Código Procesal Constitucional.

Debe quedar claro que las demandas absurdas o arbitrarias no tienen porque ser admitidas a trámite generando un proceso inconducente, en el fin de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso, en definitiva, en el inútil dispendio de actividades procesales, con el costo al Estado que ello implica.

Respecto a la **constitucionalidad de las facultades de rechazo liminar de la demanda**, me permito citar las reiteradas ejecutorias del Tribunal Constitucional español que refieren:

*...una resolución de inadmisión o meramente procesal es, en principio, constitucionalmente admisible, si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio pro actione que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales...*¹⁵³.

En el tratamiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se trata de la proporcionalidad en la aplicación de la sanción de inadmisión de la demanda o del recurso, donde cobra especial relevancia **el antiformalismo y la necesidad de una interpretación finalista de las normas procesales**.

Es doctrina constante del Tribunal Constitucional español que el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en la garantía del acceso a la justicia sino que su contenido normal implica la obtención de un pronunciamiento judicial de fondo

¹⁵³ Sentencia 11/88 y 65/93 citadas por Carlos Ciment Durán en su obra Tribunal Constitucional, Doctrina en materia civil y penal, el subrayado es nuestro

sobre las pretensiones procesales deducidas. Asimismo, que este derecho se satisface prioritariamente con una sentencia sobre el fondo, pero **nada impide que el proceso concluya con otro tipo de resolución, siempre que cuente con suficiente cobertura legal**¹⁵⁴.

Los supuestos de la declaración de improcedencia están establecidos en el artículo 427° del Código Procesal Civil, y son:

- 1°. El demandante carezca evidentemente de legitimación para obrar, que es la afirmación del demandante de ser titular del derecho, salvo en aquellos supuestos que la propia ley permita a un tercero ejercitar en nombre propio un derecho ajeno (legitimación extraordinaria).

La legitimidad activa denominada "*legitimatio ad causam*", prevista en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se refiere a la licitud jurídica de accionar, que corresponde a quien afirma ser titular de derechos, lo que constituye un concepto procesal, que no debe confundirse con la titularidad misma del derecho material. De ahí la diferencia entre la legitimidad material y la legitimidad para obrar.

Existe notoria diferencia entre capacidad para ser parte y la *legitimatio ad causam*. En efecto, mientras que la primera es un presupuesto procesal (requisito de validez del acto jurídico procesal) y se halla directamente referida al proceso, la segunda es un elemento del proceso que se refiere a la coincidencia de posición entre el titular de la relación jurídico procesal con el titular de la relación jurídica sustantiva y que no atañe directamente al proceso en sí, sino a su finalidad.

La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, simplemente en las afirmaciones que realiza el demandante, esto es, debe invocar la titularidad del derecho subjetivo que está haciendo valer ante el Juez.

¹⁵⁴ SSTC 200/88 y 232/88, citadas por Carlos Ciment Durán, Ob. Cit, pp. 398 y 399.

2º. El demandante carezca *manifiestamente* de interés para obrar. La falta de interés para obrar, que implica que el demandante no necesita del proceso judicial para la tutela de su derecho, debe aparecer palmariamente de la propia demanda, por ejemplo, no haber agotado la vía administrativa.

El interés para obrar es, básicamente, un estado de necesidad de la intervención judicial. Es inmediato, actual, irremplazable de tutela judicial. El maestro sanmarquino MARIO ALZAMORA VALDEZ, señala que se trata simplemente de la necesidad de la intervención judicial con el objeto de evitar un perjuicio del demandante. Cuando no existe tal necesidad no existe tampoco interés alguno para actuar.

El interés jurídico toma por lo menos dos formas: el interés material y el interés procesal. El primero es aquella estimación valorizada consistente en la aprehensión que tiene un sujeto sobre un bien que considera se encuentra jurídicamente dentro del ámbito de su titularidad. Para el profesor Juan Monroy Gálvez el interés procesal, llamado comúnmente “interés para obrar”, es el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derechos, en un determinado momento. Este interés se caracteriza por ser insustituible o irremplazable porque se presenta cuando el sujeto de derechos tiene un conflicto de intereses, respecto del cual no tiene otra manera de resolverlo que no sea acudiendo a los órganos jurisdiccionales a solicitar tutela jurisdiccional. actual o inminente. Es actual o inminente porque esa necesidad de tutela no puede ser prematura ni extemporánea, tiene que ser vigente y urgente para el momento.

Para el maestro colombiano HERNANDO DEVIS ECHANDIA, el interés para obrar es un requisito para que se pueda emitir sentencia válida sobre el mérito del fondo, teniendo dicho interés el carácter de sustancial subjetivo, concreto, serio y actual.

El interés para obrar está constituido por la necesidad de acudir ante un juez cuando se han agotado las posibilidades de solucionar el conflicto en vía o

forma distinta. Por ejemplo, la falta de agotamiento de la vía administrativa es un caso típico de falta de interés para obrar.

Con relación al agotamiento de la vía administrativa, el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 010-2001-AI/TC de fecha 26 de agosto de 2003, ha establecido que:

...Considerarse el agotamiento de la vía administrativa como un derecho del particular (derecho que se traduce en evitarle el acceso a la justicia ordinaria si puede resolver su conflicto con la Administración en dicha sede), dicha vía, cuando se fija su agotamiento de manera obligatoria, debe contemplarse de manera tal que no pueda considerarse como un privilegio del Estado o, ocaso, como una medida que, irrazonable y desproporcionadamente, disuada, imposibilite o impida el acceso del particular a un tribunal de justicia. En ese sentido, estima el Tribunal Constitucional que si el legislador prevé la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, una exigencia derivada del derecho de acceso a la justicia es que este sea configurado de la manera más breve como sea posible, pues de este modo se optimiza mejor el principio pro actione. (Fundamento Jurídico 3).

3°. Advierta la caducidad del derecho, que implica la pérdida de una situación de ventaja (derecho subjetivo) por no realizar el acto indicado por la ley y por tanto se extingue el derecho.

4°. Carezca de competencia. Si el juez es incompetente no puede conocer del proceso y puede declarar su propia incompetencia (artículo 35° CPC).

La incompetencia (sea relativa o absoluta) sólo genera la nulidad de los actos decisorios del juez incompetente. No tiene por qué acarrear la nulidad de todo lo actuado: actos de parte, actos de trámite.

5°. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio. Ambos determinan el

objeto material del proceso. Cuando no existe una relación lógica y congruente entre los fundamentos de hecho (*causa petendi*) y el petitorio concreto de la pretensión procesal.

- 6°. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible. Cuando el petitorio es incompatible o contrario al marco legal existente, vale decir, la pretensión procesal no se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico.

La voluntad de la ley más que un presupuesto para un pronunciamiento válido sobre el fondo es un elemento intrínseco al proceso, ya que es la exigencia que la pretensión procesal sea, a su vez, pretensión jurídica (caso judicial).

- 7°. Contenga una indebida acumulación de pretensiones. Cuando no reúne los requisitos del artículo 85° o alguna de las formas de acumulación objetiva del artículo 87° del Código Procesal Civil:

Además en el artículo 427° segundo párrafo del Código se establece un supuesto adicional cuando el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declarará de plano expresando los fundamentos de su decisión, el cual opera como una llave maestra en el rechazo liminar de la demanda.

Debe tenerse en cuenta aquellos principios sobre las que reposan las facultades del juez de rechazo liminar de la demanda, tales como:

- a. El principio de legalidad o especificidad, en virtud del cual la causal de improcedencia sólo se declara cuando la ley expresamente o implícitamente la establece, esto es, solo se pueden invocar las reguladas;
- b. El principio de favorecimiento del proceso, que constituye un régimen interpretativo en función del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en virtud del cual, ante cualquier duda en el momento de calificar la demanda, se debe dar trámite al proceso.

- c. El principio de la relación jurídica procesal, esto es, la existencia de la relación jurídica procesal se origina con la demanda dirigida al Juez, a la que luego se integra el emplazado, por lo que constituye un error hablar que al declararse liminarmente improcedente la demanda, no se califica lo actuado como un proceso judicial, haciendo referencia a un “seudo procedimiento”, lo que por el contrario afectaría el acceso a los recursos dentro del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al poderse sostener que se trataría de un auto que no pone fin al proceso, impidiendo la calificación del recurso de Casación dentro de los alcances del inciso segundo artículo 385 del Código Procesal Civil.

De lo expuesto, planteamos como tesis:

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva se vulnera únicamente cuando se rechaza liminarmente una demanda invocando causal de improcedencia impertinente, y no cuando se aplica una causal de improcedencia pertinente que evita un proceso inconducente.

3. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY PROCESAL

Forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva la observancia del principio de igualdad entre las partes dentro de todo proceso. Los justiciables tienen derecho a la tutela judicial efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos, con sujeción a un debido proceso, y que no se cumple con esta garantía elevada a rango constitucional, si el Juez en cualquiera de sus grados desconoce el principio de igualdad que deben tener las partes en el proceso.

El principio de igualdad a las leyes procesales no solo debe entenderse en cuanto a los plazos establecidos por la ley procesal, sino el factor tiempo del proceso es un desequilibrio que el Juez debe equilibrar.

Otra consecuencia que se deduce es la de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *audiatur ex altera parte*.

Se ha considerado en la jurisprudencia nacional que la concesión de un plazo adicional a favor de una de las partes, atenta contra el principio de igualdad procesal de éstas al interior del proceso. El jurista RICARDO REIMUNDÍN señala que el principio de igualdad de las partes en el proceso, no es otra cosa que una expresión particular del principio, esencialmente político, de igualdad de los individuos ante la ley.

4. PRINCIPIO DE ELASTICIDAD DE LAS FORMAS PROCESALES. EXCESIVO RITUALISMO

El principio de elasticidad de las formas procesales o adecuación de los formalismos ritualistas del proceso a las exigencias humanas, sustantivas y constitucionales de la causa, consagrado por la Relación Grandi o Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil Italiano de 1942, cuyo texto íntegro figura en los Apéndices del volumen tercero de la traducción castellana de la obra de ENRICO REDENTI “Derecho Procesal Civil”¹⁵⁵, de donde podemos anotar: *“...En cada etapa de su iter procesal, las partes y el juez encuentran ante sí, propuestos a su elección por la ley, múltiples caminos, y a ellos les corresponde, según las necesidades del caso, preferir el camino más largo o alguno de los atajos”*¹⁵⁶. La regla contenida en el artículo 246° segundo párrafo del Código Procesal Civil que prescribe que *“no es necesario el reconocimiento, si no hay tacha”*, se considera una norma de aplicación del principio de elasticidad¹⁵⁷.

Los alcances de la instrumentalidad del proceso, es decir, la concepción del proceso no como un fin, sino como un medio para la concreción de la tutela efectiva de los derechos materiales (principio de efectividad), de los valores políticos y democráticos de la Constitución Política y, sobre todo, la pacificación social. El formalismo nunca debe sobreponerse a los fines del proceso, porque a estos sirve, de ahí la trascendencia del principio de elasticidad de las formas procesales a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa,

¹⁵⁵ Buenos Aires, E.J.E.A., 1957, p. 195.

¹⁵⁶ Ob. Cit., pág. 195.

¹⁵⁷ Víctor Roberto Obando Blanco, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Lima, Editorial San Marcos, 1997, pp. 207-208.

consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con los principios que integran la teoría de la nulidad procesal, entre ellos, el principio de convalidación.

En el Tribunal Supremo encontramos un antecedente de aplicación del principio de elasticidad de las formas, mediante la Ejecutoria Suprema de fecha 4 de octubre de 1991, Expediente No. 1732-88-Lima, que motiva:

...que constituye un formalismo ritualista excesivo el anular una sentencia porque el demandante no ha declarado que quiere la cosa para sí; que, ésta declaración en una demanda de retracto resulta obvia y evidentemente superflua; es preciso liberar al proceso de todas esas incrustaciones formalísticas que una práctica burdamente conservadora cultiva y valoriza a menudo inconscientemente, con inútiles solemnidades, complicaciones innecesarias y arcaísmo sacramentales que deben desaparecer, adecuando elásticamente las formalidades inútiles a las exigencias sustantivas y humanas de la causa¹⁵⁸.

En este orden de ideas, la Sentencia del Tribunal Español 36/1986, de 12 de marzo, citada por ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, advierte que:

Los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima. Por ello, los trámites formales no deben ser exigencias cuyo cumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo que operaría con independencia, en principio, de cuál sea el grado de inobservancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, procederse a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, medida en función

¹⁵⁸ En: Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Año Judicial 1990, Publicación Oficial, Lima, 1993, pp. 138-139.

de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir... ¹⁵⁹.

Este principio está recogido en el Código Procesal Civil peruano con el nombre de principio de formalidad (artículo IX del Título Preliminar), que está referido al cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento procesal. En el sistema publicístico, el Juez está facultado a adecuar la exigencia de cumplir con las formalidades a los fines del proceso. Las normas procesales son de derecho público, pero no necesariamente de orden público, regularmente son obligatorias o vinculantes, salvo que ellas mismas planteen su naturaleza facultativa.

El profesor JUAN MORALES GODO al desarrollar el tema “Los principios procesales y el Código Procesal Civil Peruano” señala que:

Toda norma procesal se construye sobre la elección de algún lineamiento o principio, de donde es posible encontrar su razón de ser. Para interpretar una norma procesal, no es suficiente el análisis exegético de la misma, sino es necesario tratar de encontrar en el conjunto normativo las líneas directrices que le sirven de sustento y desarrollo...Esas líneas directrices que inspiran un ordenamiento procesal, es lo que podemos denominar principios procesales...Las interpretaciones exegéticas tiene sus limitaciones, carecen de horizonte cuando las mismas no están referidas al conjunto normativo y a los principios que lo sustentan... ¹⁶⁰.

En el ordenamiento procesal civil podemos encontrar cierto número de normas que no tienen el carácter de orden público, en el sentido de ser normas obligatorias o vinculantes; al contrario, contienen una propuesta de conducta que puede o no ser realizada por una de las partes. El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil en su primer párrafo, hace referencia a que las normas procesales tienen carácter imperativo en principio, salvo que las mismas normas regulen que algunas de ellas no tienen tal calidad. Es decir, las normas procesales no necesariamente son de orden público, regularmente obligan, salvo que ellas

¹⁵⁹ Ob. Cit., pp. 89 y 90.

¹⁶⁰ Instituciones de Derecho Procesal, Lima, Palestra Editores, 2005, pp. 39 y 40.

mismas planteen su naturaleza facultativa.

El profesor JUAN MONROY GÁLVEZ explica que la norma procesal es una especie del género formado por las normas jurídicas, las que a su vez, son una especie de las normas sociales. Se caracteriza por ser instrumental (en tanto asegura la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación; es una norma prevista para hacer efectiva otra norma), formal (porque su actuación no afecta la estructura interna del conflicto al que se quiere poner fin, solo asegura que los requisitos extrínsecos referidos al procesamiento del conflicto se cumplan, asegurando y precisando las facultades y deberes de todos los participantes en la actividad procesal) y dinámica (su aplicación importa la existencia de una relación jurídica en constante y permanente cambio, hasta con intereses contradictorios pese a que la actividad en su conjunto esté dirigida hacia una meta común).

Interpretar una norma procesal es buscar en su interior el principio que estructura el sistema procesal y los fines que este persigue, con el propósito de hacer efectivo el derecho material respecto de un caso concreto. Se afirma la autonomía de la interpretación de la norma procesal. En estricto, lo que el Juez interpreta no es la norma sino el derecho procesal¹⁶¹.

5. ACUMULACION DE PRETENSIONES

A. Fundamento de la acumulación de pretensiones. La doctrina es unánime al señalar que los fines de la acumulación son el evitar la contradicción de sentencias y procurar la economía procesal.

Compulsada la jurisprudencia nacional incluyendo la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional sorprende la manera como viene desarrollándose el fenómeno de la acumulación procesal, sumado a la mala técnica legislativa del Código Procesal Civil en esta materia.

Durante décadas en los Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de

¹⁶¹ Introducción al Proceso Civil, Tomo I, Temis, Bogotá, 1996, pp. 145 y 156.

la República se ha señalado que tratándose del proceso de reivindicación es posible la acumulación de la pretensión del cobro de frutos y la indemnización por daños. Si ambos conceptos tienen sustento en el uso indebido de la propiedad, resultan excluyentes.

- B. Presupuestos y requisitos de la acumulación de pretensiones. Nuestro Código Procesal Civil establece en su artículo 85°, tres requisitos para acumular pretensiones: i) Que las pretensiones sean de competencia del mismo Juez; ii) Que no sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y iii) Que sean tramitables en una misma vía procedimental. Aunado al requisito fundamental de la conexidad. De acuerdo al artículo 84° del Código acotado, la conexidad es aquella por la cual dos o más pretensiones se encuentran vinculadas por la existencia de elementos comunes o afines entre ellas. En el primer supuesto es conocido como conexidad propia y el segundo como conexidad impropia.
- C. Formas de acumulación de pretensiones. La acumulación de pretensiones originaria en el proceso, podrá plantearse en forma autónoma, subordinada, alternativa y accesorio. El Código Procesal Civil no regula expresamente las pretensiones principales o autónomas ni las pretensiones condicionales.
 - i. Acumulación de pretensiones principales o autónomas. Se presenta cuando planean dos o más pretensiones que pueden ser resueltas en la sentencia de manera independiente, sin que el fallo sobre una afecte al de las otras. Estaremos ante este supuesto de acumulación de pretensiones autónomas cuando su amparo por parte del Juez en la sentencia pueda realizarse de manera independiente. No existe relación de jerarquía o dependencia entre ellas. Es decir, las pretensiones pueden ser declaradas fundadas todas, ninguna, o únicamente alguna de ellas sin ninguna prelación al momento del fallo.
 - ii. Acumulación de pretensiones subordinadas. Se presenta cuando existe una primera pretensión principal, pero en el caso que el órgano jurisdiccional no

la ampare deberá pronunciarse respecto a la pretensión subordinada. Se dan cuando el demandante plantea una pretensión y otra (u otras) que es subordinada al resultado de la principal. De acuerdo al artículo 87° del CPC, la subordinada solo es resuelta por el Juez si es que la principal es desestimada.

- iii. Acumulación de pretensiones alternativas. La acumulación de pretensiones alternativa se presenta, cuando existen dos pretensiones principales y contradictorias entre sí, tienen consecuencias distintas. Al ser contrarios los pedidos, resulta necesario que el demandado escoja cuál de las pretensiones desea cumplir, pues solo una de ellas es posible de ser cumplida. Este tipo de acumulación existe cuando el demandante propone más de una pretensión con esa calificación de modo que, en caso todas sean declaradas fundadas, el demandado tiene inicialmente la opción de elegir cuál cumplir en ejecución de sentencia. De acuerdo al artículo 87° del Código Procesal Civil, si el demandado no lo hace en ejecución de sentencia, elige el demandante.
- iv. Acumulación de pretensiones accesorias. Este tipo de acumulación se presenta cuando el sujeto titular de las pretensiones identifica a una de ellas como pretensión principal y a una o más como accesorias. Las pretensiones accesorias pueden ser de dos clases: Legales, que se van a entender incorporadas a la demanda de manera implícita, y, Simples, que resulta imprescindible que la parte lo solicite. De acuerdo al artículo 87° del Código Procesal Civil, las pretensiones accesorias se presentan cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella.

Esta forma de acumulación se caracteriza por la dependencia que tienen las pretensiones accesorias sobre la pretensión principal, de forma tal, que lo que el Juez decida sobre la pretensión principal determinará su decisión sobre las accesorias. Si la pretensión principal es fundada, la pretensión accesoria también. La suerte de una determinaría automáticamente la

suerte de la otra.

Lo que caracteriza a este tipo de acumulación de pretensiones y que permite la consecuencia descrita es la identidad de sus fundamentos (causa petendi) y la diferencia de los pedidos concretos (petitum o petitorio). Lo primero permite al Juez a que, pronunciándose respecto de los fundamentos de la pretensión principal no resulte necesario pronunciarse respecto de los fundamentos de la pretensión accesoria (pues ambas tienen idéntico fundamento: identidad de causa petendi). Lo segundo, obliga al Juez a pronunciarse por ambos pedidos concretos en su parte resolutive, declarando, constituyendo o condenando según corresponda, respecto de ambos petitorios.

No comparto la posición en sede nacional del profesor MARIO REGGIARDO SAAVEDRA quien discrepa por completo de la existencia de las pretensiones accesorias, considerando que es imposible que una pretensión, sin mayor análisis y solo porque la ley lo diga, siga automáticamente la suerte de otra, colocando como ejemplo la típica pretensión de pago de costas y costos, que es considerada como pretensión accesoria legal, por lo que aún sin invocarla se encuentra integrada a la demanda por mandato de la norma, siendo que el artículo 412° del Código Procesal Civil señala que el Juez, dentro de sus facultades de director del proceso, puede negar el pago de las costas y costos si es que considera que hubo circunstancias que explicaban la necesidad de iniciar el proceso, entonces, dicha pretensión no necesariamente sigue la suerte de la principal aunque hay una disposición expresa para ello. El referido autor sostiene que *“Para declarar fundada una pretensión el juez debe verificar que se hayan probado los hechos alegados como elemento de tal pretensión. Dicho análisis debe hacerlo en todos los tipos de pretensiones, incluso en las accesorias”*. El error en la interpretación de la norma procesal es que en base a una norma de excepción referida a la exoneración del pago de costas y costos, la cual debe ser fundamentada,

no puede arribarse a una conclusión de tenerse como regla general el ser necesario pronunciarse respecto de los fundamentos de la pretensión accesoria legal¹⁶².

Pensemos por ejemplo, en el caso del proceso de interdicción civil, en el cual el nombramiento de curador procesal constituye la pretensión accesoria legal, la misma que en el supuesto de haberse omitido con señalarla en el petitorio de la demanda debe ser integrada por mandato de la ley y en aplicación del principio *iura novit curia*, dando cumplimiento a los fines de dicho proceso.

La oportunidad de acumular las pretensiones accesorias se encuentra prevista en el artículo 87 parte final del Código Procesal Civil.

Un ejemplo típico de la pretensión accesoria como efecto necesario de la pretensión principal es el caso de la acumulación de la pretensión principal de resolución de contrato y la pretensión accesoria de restitución de las prestaciones.

- v. Acumulación de pretensiones condicionales. Este tipo de acumulación se presenta cuando la pretensión autónoma o principal se convierte en presupuesto necesario pero no suficiente para amparar la pretensión condicional. Esto implica que solo en caso la pretensión principal sea declarada fundada, el Juez pasará a resolver las condicionadas, pudiendo declarar éstas últimas como fundadas o infundadas. Se diferencia de la acumulación de pretensiones accesorias, en que las pretensiones condicionadas pueden ser infundadas, así la principal sea fundada. Ejemplo, el caso de la resolución de contrato y la indemnización por daños, donde se presenta elementos propios que deben ser acreditados.

Cuando existe una acumulación meramente objetiva, existe un proceso único con pluralidad de pretensiones, cada cual con su propio *petitum*, con

¹⁶² Ver “Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil”, publicado en la Revista de Derecho Thémis, Lima, N° 58 Derecho Procesal Civil, 2010, pp. 153 y 154.

su propia *causa petendi* y, muy probablemente, con sus propias pruebas.

- D. La pretensión de reivindicación y la accesión. Es posible proponer demanda acumulativa objetiva originaria como primera pretensión principal, la declaración de adquisición por accesión, sin pago del valor de la edificación; la pretensión subordinada de la primera pretensión principal, la declaración de adquisición por accesión con pago del valor promedio de la obra, y como segunda pretensión principal, la reivindicación.

No se puede acumular la accesión como pretensión “accesoria” en un proceso de reivindicación, sino ambas como pretensiones principales o autónomas, pudiendo en materia de accesión plantearse pretensiones subordinadas en los supuestos de mala fe y de buena fe.

Nadie discute la posibilidad de poder acumularse la pretensión de reivindicación y la accesión, sino la forma de acumulación de pretensiones en que deben ser propuestas, en este caso necesariamente ésta última como pretensión autónoma y no accesoria.

La pretensión reivindicatoria es una pretensión restitutiva que sólo procede por el que tenga título de propiedad contra el poseedor sin título, por ende sus presupuestos son: a. El demandante debe demostrar el derecho de propiedad del bien; b. Se debe acreditar que el demandado sea poseedor ilegítimo; c. Es presupuesto fundamental el título de propiedad inobjetable, asimismo es indispensable que el bien este clara e inequívocamente individualizado, y sus áreas y ubicación claramente definidos.

Debe tenerse presente que el propietario tiene dentro de los atributos de la propiedad, el de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, conforme lo preceptúa el artículo 923° del Código Civil.

El ejercicio de la pretensión reivindicatoria está supeditado al aporte de una prueba fundamental dirigida hacia la constatación de la efectiva titularidad del derecho de propiedad. Existen además otros aportes probatorios. El primero

está encaminado hacia la constatación de la desposesión ilegítima, y además será necesario que se pruebe que ella no está justificada por el ordenamiento jurídico. El segundo aporte probatorio está dirigido a la identificación del bien.

La pretensión de accesión es definida como el derecho en virtud del cual el propietario de un bien adquiere la propiedad de todo lo que a ella se une o incorpora, constituyendo un modo de adquisición de la propiedad pero de carácter particular ya que se relaciona estrechamente con la noción de propiedad. El artículo 938° del Código Civil establece que el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

En la pretensión de accesión existen elementos propios que deben ser acreditados, esto es, un hecho adicional que probar. La “astucia del demandante” de proponer la pretensión como accesorio es con el propósito de eximirse de la carga de la prueba. La mala calificación de la pretensión de accesión como accesorio respecto de la pretensión de reivindicación conlleva a la infracción de dos derechos fundamentales: el derecho de defensa y el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

El cómo deben ser acumuladas las pretensiones lo informa el derecho civil, debiendo determinarse los elementos de cada una de las pretensiones, lo que permite establecer frente a qué tipo de acumulación estamos.

Ahora bien, tratándose de edificaciones realizadas de mala fe, resulta aplicable el artículo 943° del Código Civil, según el cual el propietario del suelo puede optar entre hacerlas suyas sin pagar su valor, o por solicitar la demolición de lo edificado, además del pago de la indemnización pertinente o, si prefiere quedarse con lo construido sin pagar cantidad alguna. Tratándose de edificaciones realizadas de buena fe, resulta aplicable el artículo 941° del Código Civil, según el cual el propietario del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el valor del terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el

segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.

Respondiendo a las siguientes interrogantes podremos establecer frente a qué tipo de acumulación de pretensiones estamos:

¿Se puede reivindicar el área de terreno ya construido?

¿Si en un proceso de reivindicación se acumula la pretensión “accesoria” de accesión, dada la naturaleza de las pretensiones solicitadas ésta última puede acumularse como accesoria?

¿El que se declare propietario de la fábrica es un presupuesto necesario para que se ampare la pretensión de reivindicación?

- E. Propuesta Legislativa. Algunos estudiosos de derecho procesal han propuesto que el remedio del supuesto de improcedencia previsto por el artículo 427° del Código Procesal Civil parece exagerado, pues vulnera en forma directa el derecho de acceso de la justicia, contenido básico del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Se sostiene que el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 85° del Código acotado resulta ser un defecto perfectamente subsanable, pues tanto la competencia como la diversa forma de vía procedimental o el que las pretensiones sean contradictorias, permiten que el demandante o quien haya solicitado la acumulación de pretensiones, decida cuál de las pretensiones mantiene en el proceso¹⁶³.
- F. Acumulación subjetiva de pretensiones. Según el artículo 89° del Código Procesal Civil, hay acumulación subjetiva de pretensiones originaria cuando la demanda es interpuesta por varias personas o ES DIRIGIDA CONTRA VARIAS PERSONAS. Además, según el artículo 86° de este Código un requisito de esta acumulación es que las pretensiones “*se refieran a un mismo objeto*” (petitorio). Como el objeto de una pretensión es su petitorio, este requisito consiste en que las pretensiones materia de la acumulación subjetiva

¹⁶³ Posición del profesor Dante Apolín Meza. “Apuntes iniciales en torno a la acumulación de pretensiones”. En: Revista Derecho & Sociedad N° 25 (2005), p. 35.

de pretensiones tengan un mismo petitorio.

La concurrencia de un mismo petitorio en varias pretensiones se produce, por ejemplo, en una demanda de pago de soles contra el deudor principal y contra tres fiadores solidarios. Dicha demanda estará dirigida contra CUATRO PERSONAS y tendrá CUATRO PRETENSIONES. Sin embargo, el petitorio será EL MISMO pues será la solicitud de que se ordene el pago de la única deuda exigible. Será, por tanto, una acumulación subjetiva de pretensiones, en la que el requisito de que las pretensiones “se refieran a un mismo objeto” (un mismo petitorio) se habrá cumplido.

Según el artículo 86° del Código Procesal Civil, la acumulación subjetiva de pretensiones debe cumplir TODOS los siguientes requisitos: 1) que las pretensiones provengan de un mismo título; 2) que las pretensiones se refieran a un mismo objeto; 3) que exista CONEXIDAD entre las pretensiones; y 4) que se cumplan los requisitos indicados en el artículo 85° del mismo Código (que las pretensiones sean de competencia del mismo Juez, que no sean contradictorias entre sí – salvo las alternativas –, y que sean tramitables en una misma vía procedimental).

Por lo tanto, la CONEXIDAD (propia o impropia) es tan sólo uno de los requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones, es decir, no basta con que haya CONEXIDAD para que esta acumulación sea procedente.

Que las pretensiones se refieran a un mismo objeto significa que todas tengan UN MISMO PETITORIO. Respecto de este requisito exigido por el artículo 86° del Código Procesal Civil, la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 00055-2008-PA/TC (Fundamento N° 7), ha establecido lo siguiente: *“7. En efecto, que la pretensión procesal está conformada por la causa petendi (fundamentos de hecho) y por el petitum (petitorio, que es objeto de la pretensión). Consecuentemente, para poder cumplir con el requisito de referirse a un mismo objeto, las pretensiones acumuladas subjetivamente deben tener un mismo petitorio (...)”*.

En sede nacional, existe un sector de la doctrina que tiene una posición distinta, al sostener que los requisitos exigidos por el artículo 86° del Código Procesal Civil no requieren ser concurrentes, sino que basta la existencia de afinidad para que se admita la acumulación (alternativos). La profesora MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ comentando la citada norma procesal, señala que:

La redacción del presente artículo lleva a confusión, cuando se refiere a la conexidad. Decimos ello porque los requisitos que se exigen para la acumulación no son concurrentes sino alternativos, de tal forma, que la redacción del artículo 86 debe entenderse así: ‘esta acumulación es procedente, siempre que las pretensiones provengan de un mismo título o se refieran a un mismo objeto y exista conexidad entre ellas’¹⁶⁴.

Planteado y desarrollado el tema de la acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones regulado en el Código Procesal Civil, se evidencia la necesidad de que exista en nuestro medio trabajos de investigación respecto del análisis lógico de la norma procesal, que permitan establecer la interpretación/aplicación a fin de priorizar la efectiva protección del derecho a la tutela jurisdiccional, más allá de simples comentarios de doctrina y compilación de jurisprudencia, sin rigor académico.

6. NOTIFICACIONES

Se contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de la defensa con arreglo a un debido proceso cuando se omite poner en conocimiento de alguna de las partes las resoluciones recaídas en el proceso en concordancia con lo dispuesto en el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil¹⁶⁵.

Puede presentarse el caso de que la constancia de notificación entregada al hijo del demandado, teniendo a la fecha de notificación minoría de edad, y por tanto habiéndose notificado a persona incapaz, la notificación es nula. Resultará ineficaz

¹⁶⁴ Comentarios al Código Procesal Civil. Lima, Gaceta Jurídica, 2008, Primera Edición, Tomo I, 2008, p. 324.

¹⁶⁵ Resolución Casatoria No. 2340-97-Lima de fecha 05 de junio de 1998, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 2 de octubre de 1998, páginas 1723-1724.

si el demandado se encuentra en el extranjero acreditado con medio probatorio pertinente.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto que se contraviene el derecho al debido proceso cuando el Juez frente a la devolución de cédula por parte de un tercero notificada en el domicilio procesal de la parte, opta por volver a notificarla en el domicilio real, pues tratándose de una resolución que comunicaba la inadmisibilidad de una apelación ocasionó que sea subsanada de forma extemporánea¹⁶⁶.

En materia de prueba, el Supremo Tribunal ha establecido que se debe declarar nula la sentencia de la Sala Superior que viola el debido proceso del demandante al valorar medios probatorios rechazados por extemporáneos sin siquiera fomentar el contradictorio¹⁶⁷.

7. SANEAMIENTO DEL PROCESO

“Sanear” el proceso puede entenderse en un doble sentido: a. Unas veces se tratará de terminar el proceso, impidiendo su entera tramitación, cuando se sabe que no puede conducir a una sentencia de fondo; y, b. Otras veces se tratará de resolver las cuestiones procesales para que, tramitado después el proceso, no exista ya la posibilidad de una sentencia meramente procesal.

Dentro de los sistemas de saneamiento procesal encontramos el sistema de la audiencia preliminar cuyo antecedente se ubica en la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895, obra de FRANZ KLEIN. El Juez, después de admitir la demanda, citaba a las partes a una audiencia que, por realizarse antes de la contestación a la demanda, se llamó preliminar. La influencia de la obra de KLEIN llevó a la proliferación de audiencias preliminares o de instituciones semejantes en muy distintos ordenamientos procesales (Portugal, Brasil, Alemania, Italia,

¹⁶⁶ Casación N° 2260-2009-Lima de fecha 15 de marzo del 2010, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de setiembre de 2010

¹⁶⁷ Casación N° 2278-2009-Apurímac de fecha 30 de marzo del 2010, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 01 de diciembre de 2010

España).

El sistema para evitar procesos inútiles y actos innecesarios consistió en:

- a. Plantear y resolver inicialmente todas las cuestiones procesales, con lo que la audiencia sirve, bien para terminar el proceso, si los defectos procesales son insubsanables, bien para que el proceso continúe habiendo quedado “sanados” los defectos subsanables.
- b. Delimitar el ámbito del proceso a través de clarificar los petitorios, es decir, en dejar determinado cuál es el objeto del proceso fijado por el demandante, cuál es el objeto del debate suscitado por el demandado y sobre qué debe versar la prueba (objeto de la prueba), y con ello se evitan actos procesales innecesarios.

Cuando se trata, además de dejar resueltos todos los problemas procesales, de determinar el objeto del proceso y el objeto del debate y de fijar el objeto de la prueba, parece aconsejable que la audiencia se realice después de la contestación a la demanda, solución adoptada por la Ley de Enjuiciamientos Civiles española del 2000. En las regulaciones de la audiencia preliminar o previa en los varios ordenamientos procesales debe optarse por situarla antes o después de la contestación a la demanda, dependiendo la opción en la alternativa por el contenido que se atribuya a la audiencia misma.

Dentro de los caracteres generales de la regulación de la audiencia preliminar o previa tenemos que es un acto oral y con inmediación, en el cual las funciones que se cumplen en la audiencia pueden lograrse acudiendo a un procedimiento escrito (por ejemplo el despacho saneador del Derecho portugués) o estableciendo un acto oral y concentrado, en el que es determinante la inmediación.

En nuestro Código Procesal Civil se ha adoptado la institución del Despacho Saneador, cuyo antecedente lo encontramos en el proceso civil portugués. Lo trascendente en el ordenamiento procesal civil peruano es haber acogido la teoría de la relación jurídica procesal con respecto a la naturaleza jurídica del proceso,

cuya prueba irrefutable son los artículos sobre saneamiento del proceso (Art. 465 al 467).

GALENO LACERDA, citado por CECILIA SIMAS DE SOUZA en la tesis para optar el grado de Bachiller en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1965), considera que el Despacho Saneador es la decisión formulada poco después de la fase postulatoria en la que el juez, examinando la legitimidad de la reclamación procesal, niega o admite la continuación del proceso, disponiendo, si es necesario, sobre la corrección de vicios saneables. El esquema del Despacho Saneador estaría dado por el juez que realiza un juzgamiento de forma (a diferencia de la sentencia que resuelve el mérito de la causa a través de un juzgamiento de mérito) por el cual podrá:

- Poner término al proceso;
- Ordenar las diligencias necesarias que suplan nulidades o irregularidades;
- Declarar el proceso libre de vicios.

El acto saneador es indudablemente una resolución interlocutoria, declaratoria o constitutiva, ya sea cuando se manifiesta sobre la legitimidad de la relación procesal o cuando modifica o extingue tal relación.

En cuanto a su fundamento, a pesar de su contenido meramente procesal, representa un deber del magistrado dentro de una concepción moderna del proceso, quien debe ser “un instrumento de producción jurídica y una forma incesante de realización del derecho”. En el texto original de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se señalaba dentro de los deberes de los magistrados, el de “*Sanear en materia civil, agraria y laboral las irregularidades y nulidades del proceso, dictando el auto de saneamiento procesal correspondiente, conforme a ley*” (artículo 184 numeral 5); “*Exigir a las partes precisen sus pretensiones, cuando de la demanda, de la contestación o de la reconvención, en su caso, se advierten deficiencias o confusiones*” (artículo 184 numeral 10). Las citadas normas han sido derogadas por la Ley de la Carrera Judicial, Ley N° 29277.

Las opciones según el artículo 465° del Código Procesal Civil son:

- a. Declarar la relación jurídica procesal válida.
- b. Declarar la nulidad y conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación.
- c. Conceder un plazo para que se subsane los defectos.

Los **efectos de la declaración de saneamiento** son:

- a. Con relación a las partes: Tiene un efecto vinculante y preclusivo.
- b. Con relación al juez: No lo vincula, puede pronunciarse sobre la validez de la relación jurídica procesal excepcionalmente incluso al momento de sentenciar (artículo 121° párrafo final del CPC). Es un tema de interés público, excepcionalmente el Juez puede pronunciarse por la improcedencia aunque no se haya planteado excepciones.

Debemos afirmar, conjuntamente con el maestro español VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, que el saneamiento del proceso con respecto a cuestiones que pudieran obstaculizar su éxito final sobre el fondo debe ser una función constante, encomendada tanto a las partes como al Juez, a través de la concesión al mismo del poder de examinar en cualquier momento dichas cuestiones¹⁶⁸.

Es por ello equivocada la posición en la Resolución Casatoria N° 1854-2004-Puerto Maldonado¹⁶⁹ en el sentido de considerar que:

Si ha precluido la etapa postulatoria del proceso, pero se revoca la sentencia apelada y reformándola se declara improcedente la demanda en todos sus extremos, por estimarse que no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio de la demanda, la Sala Superior incurre en nulidad insubsanable, pues se ha pronunciado sobre un aspecto

¹⁶⁸ El Principio de Autoridad del Juez en el Proceso Civil y sus Límites”, En: Revista de Derecho Procesal, Madrid, Abril-Junio, No. 2, 1951, p. 210.

¹⁶⁹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31 de julio del 2006.

procesal que ya había quedado firme, vulnerando el principio de preclusión procesal”.

Podríamos señalar que con este criterio se estaría vulnerando el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, incurre en este mismo defecto la Resolución Casatoria N° 1955-2007-Lima, que señala: “(...) estableciéndose en el artículo 427°, incisos 1° y 2°, del acotado Código Adjetivo que tales condiciones son dos: la legitimidad para obrar y el interés para obrar, los mismos que deben ser examinados por el juzgador cuando califica la demanda, cuando resuelve las excepciones, cuando sanea el proceso y excepcionalmente al expedir sentencia” (Fundamento segundo, lo resaltado es nuestro). Como se aprecia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República reafirma el carácter excepcional del pronunciamiento del Juez en la sentencia sobre la validez de la relación jurídica procesal, de acuerdo a lo que señala expresamente el artículo 121° parte final del Código Procesal Civil, de modo tal que ésta se presente cuando exista una nulidad insubsanable. Discrepamos también de la opinión en sede nacional del profesor JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ que sostiene:

Si en un caso la falta de interés no ha sido manifiesta y el demandado no la opuso durante toda la primera instancia y el juez no la declaró al calificar la demanda, ni en el saneamiento procesal ni en el último momento en que pudo hacerlo excepcionalmente, es decir en la sentencia, no podrá hacerlo por aplicación del principio de preclusión procesal.

Haciéndose referencia en esta posición que si en un caso concreto el demandado, recién en la apelación de la sentencia introduce la supuesta falta de interés para obrar del demandante, pretendiendo violar los principios de preclusión procesal y de convalidación de las nulidades, siendo que esa denuncia no puede ser amparada por la Corte Superior ni por la Corte Suprema. Concluye el autor, que en consecuencia, terminada la fase de saneamiento precluye todo deber del juez de sanear el proceso, siendo que la Suprema es contundente al establecer un

límite temporal para que el juez pueda pronunciarse de oficio sobre el presupuesto procesal del interés para obrar: la sentencia de primera instancia¹⁷⁰.

Conforme al nuevo texto del artículo 449° del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29056, la actividad saneadora no requiere de audiencias, por lo que se elimina la audiencia de saneamiento, pues el Juez emitirá su declaración por escrito (auto de saneamiento procesal), se consolida el instituto del Despacho Saneador. Se ha llegado a preguntar si la dilación del proceso es la ratio de la modificatoria operada. De la nueva norma se tiene que la declaración de saneamiento por parte del Juez se da como consecuencia del no amparo de las excepciones propuestas, no dándosele margen a alguna actividad oficiosa del Juez, como podría ser la clarificación de petitorios. No compartimos tal interpretación, por la simple razón de que la desestimación de la excepción no determina que la relación procesal sea válida. Nada impide que el juzgador descubra de oficio defectos subsanables o insubsanables en esta relación procesal, correspondiéndose a él definir esta situación en el saneamiento procesal, por ejemplo, el Juez puede de oficio declarar nulo lo actuado si advierte que existe litispendencia.

8. FIJACION DE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS Y PRINCIPIO DE NO CONTESTACION

La **función delimitadora** es una pieza angular, convirtiéndose en un primer acercamiento al fondo del asunto, que clarifica la cuestión litigiosa y condiciona también la admisión de la prueba, en cuanto que la misma se debe ceñir exclusivamente a los hechos controvertidos fijados. Sobre este tema, ANER URIARTE CORDON señala que la correcta fijación de hechos controvertidos exige por parte del Juez la observancia de tres presupuestos:

En primer lugar, es inexcusable una lectura rigurosa de la demanda y contestación (reconvención y contestación a la misma, en su caso),

¹⁷⁰ ver “El interés para obrar”, publicado en la Revista de Derecho “Thémis, Lima, N°58 Derecho Procesal Civil, 2010, pp. 67, 68 y 69.

para realizar una primera delimitación de aquellos. En segundo lugar, la delimitación de los hechos expuesta ha de conjugarse con los presupuestos o requisitos de la pretensión procesal ejercitada en la demanda o reconvención; a los efectos de excluir del debate (siempre que sea posible) aquellos hechos alegados por los litigantes que no guarden relación con aquellas, incidir especialmente en los hechos realmente relevantes para que la pretensión prospere o sea desestimada. Por último y en tercer lugar, dado que de lo que se trata es de fijar hechos el juez debe centrarse en aspectos fácticos, huyendo de cuestiones jurídicas que pueden estar relacionadas con los primeros¹⁷¹.

La estructura del Código Procesal Civil ha regulado en su artículo 465° el auto de saneamiento procesal que tiene por genuina función purgar el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto del proceso (la pretensión procesal) ingrese a la fase probatoria y decisoria purificado y exento de irregularidades, entre dichos mecanismos, se encuentra la fijación de puntos controvertidos. La fijación de cuáles son los hechos respecto de los cuales las partes van a contender, permite que el Juez identifique con precisión los hechos sobre los cuales deberá centrar su apreciación para resolver la controversia.

El maestro español VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN señala que la fijación del debate, es fundamental para abrir el tracto probatorio, porque debe distinguirse los hechos discutidos de los no discutidos, a fin de deslindar el “*thema probandi*” completamente.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal ha motivado que:

El A quo omitió fijar los puntos controvertidos que van a ser materia de probanza, no obstante, ser un acto procesal de ineludible cumplimiento,

¹⁷¹ “Aspectos Prácticos de la Prueba Civil”, dirigido por Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, Barcelona, Bosch Editor, 2006, pp. 90 y 91.

*de vital trascendencia para el desenvolvimiento ulterior del proceso y respecto de los cuales el Juzgador habrá de generarse convicción al momento de resolver la controversia, incumpléndose con ello lo previsto, imperativamente, por el artículo 471° del Código Procesal Civil*¹⁷².

En cuanto a la noción de hechos controvertidos ha señalado: “...Los puntos controvertidos son aquellos que resultan de los hechos expuestos por las partes y guardan relación necesariamente con lo que es materia del proceso, esto es, con el petitorio de la demanda...” (Casación N° 3057-2007 / Lambayeque expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente)¹⁷³; “... Son puntos controvertidos las contradicciones a las pretensiones fijadas por el demandante, en el petitorio de la demanda; por consiguiente, no puede haber punto controvertido si éste no ha sido demandado expresamente por el actor y no ha sido fijado en el petitorio de la demanda...” (Casación N° 3052-2003 / Piura expedida por la Sala Civil Transitoria)¹⁷⁴.

En cuanto a la distinción entre hechos controvertidos y la pretensión demandada se establece:

“... Los puntos controvertidos son los que van a ser materia de prueba...resultando una situación diferente la pretensión demandada, que es la consecuencia o efecto jurídico que se pretende luego de haberse acreditado los puntos controvertidos que son materia de prueba ... En ese mismo sentido, se afirma (...) La fijación de puntos controvertidos no constituye la exposición de las pretensiones de las partes en el proceso; por el contrario la fijación de los puntos controvertidos consiste en la enumeración de los puntos sobre los

¹⁷²Sentencia de Casación N° 1410-03-Lima de fecha 23 de setiembre de 2003 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31 de marzo de 2004, página 11756.

¹⁷³Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 4 de setiembre de 2008, pp. 23099-23100.

¹⁷⁴ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 31 de mayo de 2005, pp. 14180-14181.

*cuales existe discrepancia, o no existe acuerdo entre las partes; precisión que resulta fundamental en el proceso a efectos del desarrollo de la actividad probatoria...*¹⁷⁵

Se ha señalado en la jurisprudencia nacional que la circunstancia de alegarse que por haberse fijado los puntos controvertidos, obliga al Juez a pronunciarse sobre el fondo de la litis, carece de sustento legal, ya que la ley procesal faculta al Juez a pronunciarse sobre la relación procesal, ya sea en el auto de calificación de la demanda, con el auto de saneamiento, o excepcionalmente en la misma sentencia (Casación N° 2793-2006 / Lambayeque, expedida por la Sala Civil Permanente)¹⁷⁶.

Finalmente, en la doctrina procesal se destaca que en virtud del principio de no contestación, el Juez debe agregar al auto dónde identifica los puntos controvertidos aquellos que no lo son, sobre todo, si son relevantes para el caso. Así pasa a ser firmes, son ajenos al *tema probandum* pero importantes para el *tema decidendum*. Esta experiencia está siendo seguida en la experiencia judicial de Brasil.

9. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGENEOS

Un tema central de los procesos colectivos consiste en determinar la legitimidad procesal a efectos de ejercer la acción colectiva, específicamente la legitimidad para obrar en temas ambientales.

El artículo 143° de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611) referido a la responsabilidad por daño ambiental otorgan legitimidad para obrar a cualquier persona o institución que tenga interés en la defensa del medio ambiente.

Respecto a la legitimidad activa para interponer la demanda de amparo, si bien la

¹⁷⁵ Casación N° 395-2007 / El Santa, expedida por la Sala Civil Permanente, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 3 de setiembre de 2007, páginas 20392-20393 y Casación N° 2642-2006 / Madre de Dios expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 2 de julio de 2007, páginas 19662, respectivamente.

¹⁷⁶ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, de fecha 30 de noviembre de 2006, p. 17804.

Constitución omite referirse a la titularidad colectiva, el Código Procesal Constitucional sí lo hace estableciendo que el afectado ostenta tal legitimidad (Concepto utilizado en jurisprudencia comparada: STC español 214/1991, de 11 de noviembre).

Los intereses individuales homogéneos aluden auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de esos derechos descansa en dos notas básicas: a. Su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y, b. Su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante. En este supuesto, cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Con todo, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un *estado de cosas inconstitucional*.

El Código Procesal Constitucional reconociendo la importancia de estas nuevas realidades, indica en su artículo 40°, tercer párrafo, que cualquier persona puede interponer una demanda de amparo “(...) *Tratándose de la amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos*”. Nada dice el Código, en cambio, sobre la protección de los intereses colectivos ¹⁷⁷.

Nuestro ordenamiento procesal civil no tiene una regulación especial respecto a la tutela de los derechos individuales homogéneos. El Código Procesal Civil

¹⁷⁷ STC recaída en el Expediente N° 04611-2007-PA/TC de fecha 9 de abril de 2010, Caso Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, Fundamento Jurídico 23 y 24 del Voto singular de los doctores Landa Arroyo y Eto Cruz.

contempla el LITISCONSORCIO (acumulación subjetiva), que permite que dos o más personas litiguen en norma conjunta, como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión o pretensiones conexas, o porque la sentencia les puede afectar (art.92°).

La titularidad del derecho afectado, recae sobre personas determinables, más allá de que todos los miembros de la clase participen o no en el proceso. Los titulares están vinculados entre sí por elementos comunes que prevalecen sobre los aspectos individuales. Estos pueden provenir de una relación jurídica previa o de una mera situación de hecho.

Son derechos individuales, con incidencia colectiva. Dado el elevado número de perjudicados (víctimas), todos integran un grupo o clase, que se unen para solicitar tutela conjunta y garantizar eficacia. Son derechos divisibles. El propósito final es que cada uno reciba la tutela solicitada.

La técnica *opt out* (*class action* norteamericana), mediante la cual todos los individuos de la clase afectada se asumen incorporados al proceso, alcanzándoles los efectos de la cosa juzgada. Si alguno quiere ser excluido del proceso, tiene la carga de solicitarlo.

La cosa juzgada *secundum eventum litis* o *secundum eventum probationis* es una propuesta del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, referida a los límites subjetivos: No hay cosa juzgada de alcance colectivo cuando la demanda es rechazada por insuficiencia de pruebas. El Código Modelo ha delineado una restricción a la cosa juzgada tradicional. En el plano colectivo, existe cosa juzgada “*erga omnes*”, tanto para el acogimiento como para el rechazo, pero en el plano de las pretensiones individuales, si la sentencia ampara la demanda, cada víctima puede beneficiarse con la cosa juzgada, pidiendo la liquidación de su daño en ejecución de sentencia, pero si es desfavorable, no impide el inicio de acciones individuales.

Se trata de una opción consciente destinada claramente a beneficiar a los miembros del grupo, con el propósito de alcanzar una IGUALDAD REAL (y no

apenas formal) que exige un trato diferente a los que no son iguales.

El Proyecto de Código de Procesos Colectivos para Iberoamérica no ha incorporado una definición expresa del concepto acción colectiva, el cual se puede deducir respecto al ámbito de aplicación de la misma, desarrollado in extenso en el artículo 1° del citado Proyecto, que señala:

La acción colectiva será ejercida para la tutela de: I. Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea el titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí con la parte contraria, por una relación jurídica base; II. Intereses o derecho individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

Siendo un aspecto fundamental los presupuestos o requisitos por medio de la cual se ejerce dicha acción ante el órgano jurisdiccional.

Según el profesor brasileño ANTONIO GIDI¹⁷⁸ una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada).

Estaremos ante un supuesto de derecho individual homogéneo ante derechos individuales con un tratamiento procesal colectivo debido a un elemento de conexión del mismo. No resulta garantizado el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva si cada una de las personas tendría que interponer individualmente una demanda de responsabilidad civil extraobligacional.

La incorporación de instituciones en la lógica del proceso urgente, de la tutela eficaz, de la ejecución específica, que propugna el Código Modelo debe ser

¹⁷⁸ Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil”. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 31.

alentada.

10. IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACION DE ABANDONO

La naturaleza del abandono del proceso es sancionar la inactividad procesal de alguna de las partes. La legislación procesal ha asumido la **teoría de la sanción**. A opinión del profesor JUAN MONROY GÁLVEZ no es contradictorio el impulso de oficio con el abandono; lo que si es contradictorio es el impulso de oficio y el abandono de oficio. Existe un grado de complejidad en los criterios para determinar el abandono. Los efectos de la declaración de abandono son: a. Evitar el uso indebido del servicio de justicia; b. No afecta la pretensión procesal, en principio puede empezarse otra pretensión igual, observando la sanción establecida por ley (art. 351°); c. La interrupción de la prescripción por el emplazamiento, queda sin efecto; d. Produce la ineficacia del proceso, NO LA NULIDAD, dado que las pruebas actuadas en un proceso extinguido por abandono son válidas y pueden ser ofrecidas en otro proceso (artículo 352°).

Para amparar la solicitud de abandono del proceso, el juzgador no sólo debe limitarse a la verificación del plazo de paralización del proceso, sino también a lo que es materia de contienda, para los efectos de establecer si se encuentra incurso en alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 350° del Código Procesal Civil (Ver Casación No. 756-99-Cusco de fecha 13 de agosto de 1999, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República)¹⁷⁹. No hay abandono cuando se trata de pretensiones imprescriptibles según el inciso tercero del artículo 350 del Código Procesal Civil, y al declararse el abandono se contraviene ese dispositivo que garantiza el debido proceso; afectándose incluso el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Ver Casación No. 2982-98-Lima de fecha 28 de mayo de 1999, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República)¹⁸⁰.

a. Concepto de abandono. Conforme enseña la doctrina procesal, el abandono es

¹⁷⁹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 19 de octubre de 1999, pp. 3779-3780.

¹⁸⁰ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 21 de setiembre de 1999, p. 3565.

un instituto jurídico procesal que permite la conclusión anticipada del proceso ante la inactividad de los sujetos procesales, dado que las partes pueden disponer no sólo de los actos procesales sino del propio proceso dejando de proseguirlo.

En principio debe tenerse presente que el abandono procesal es un instituto que pretende sancionar a aquellos litigantes negligentes que solicitan tutela jurisdiccional efectiva y no impulsan su proceso (Casación No. 206-204 Piura de fecha 16 de febrero del 2005 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República).

En resumen, es una sanción al litigante negligente, moroso, que no impulsó el proceso. El artículo Segundo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, prescribe que la dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en el Código acotado.

El abandono, como supuesto de hecho para la declaración de conclusión del proceso, no es una institución general, o sea aplicable sea cual fuere su objeto, sino que para su procedencia, tiene que necesariamente tenerse en cuenta cuál es su específico objeto. Debe tenerse presente que el hecho que el juzgador pueda declarar de oficio el abandono del proceso, constituye tan solo una facultad que la norma procesal le otorga, sin que por ello se encuentre obligado a proceder de dicho modo.

El artículo 350° del Código Procesal Civil no solo establece que no procede el abandono en *“los procesos que se encuentran en ejecución de sentencia”* (*rectius*, en los procesos de ejecución de resoluciones judiciales), sino que expresamente excluye el abandono del proceso en aquellos que se encuentran pendientes de una resolución y la demora en dictarla fuera imputable al Juez, esto es, la paralización del proceso por culpa del Juez no configura en ningún caso la posibilidad de declarar el abandono. Asimismo, según ésta norma no procede la declaración de abandono en los procesos que se encuentran para sentencia, en los procedimientos no contenciosos, en los procesos en que se

contiendan pretensiones imprescriptibles.

- b. Regulación legislativa. El artículo 346° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 26691, establece que cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el Juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado, indicando que para el cómputo del plazo de abandono se entiende iniciado el proceso con la presentación de la demanda.

El artículo 348° del Código acotado prescribe que el abandono opera por el solo transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución.

- c. Consecuencias del abandono. Son: i) Abandono por negligencia del demandante, no ha habido proceso. No existe cosa juzgada. La sanción de su declaración impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión procesal durante un año. Se cuenta para la prescripción extintiva (arts. 351° y 354°); ii) En caso de reincidencia de negligencia se prescribe el derecho pretendido. El profesor JUAN LUIS AVENDAÑO sostiene que en virtud de una norma procesal no se puede extinguir una norma material. Lo que debió establecerse es una sentencia absolutoria.

No existe regulado el abandono del recurso, a diferencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Así, por ejemplo, estando a la naturaleza de la pretensión acumulada de reivindicación, no procede amparar un pedido de abandono por la naturaleza imprescriptible de su pretensión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 927° del Código Civil. Asimismo resulta procedente aplicar por analogía el argumento *ad maiorem ad minus*, lo cual resultaría también imprescriptible el perfeccionamiento de la transferencia de propiedad (pretensión procesal de otorgamiento de escritura pública), y no estaría bajo los alcances del artículo 2001° inciso primero del Código Civil. La llamada pretensión procesal de petición de herencia es imprescriptible por lo dispuesto

por el artículo 664° del Código Civil y en todo caso de acuerdo con el artículo 927° del mismo Código. No hay abandono cuando se trata de pretensiones imprescriptibles.

En el plano del principio de igualdad de las partes ante la ley procesal, la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Resolución Casatoria de fecha 19 de mayo de 1999 (Casación No. 693-98-Loreto), al abordar el tema del abandono del proceso en contra del Estado ha resuelto: “

...Que, lo dispuesto por el artículo 23° del Decreto Ley No. 17537, constituye un privilegio procesal a favor del Estado, el mismo que ha quedado suprimido, por el artículo 59° y la Séptima Disposición Complementaria del Código Procesal Civil, ya que dicho privilegio expresamente no se otorga por el Código a favor del Estado; Que, a mayor abundamiento, el inciso Décimo tercero de la Primera Disposición Derogatoria del Código Procesal Civil establece que quedan derogadas todas las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley, por lo que el artículo 23° del Decreto Ley No. 17537, al oponerse al artículo 59° del Código señalado, ha quedado derogado tácitamente, por haberse suprimido los privilegios procesales a favor del Estado”¹⁸¹.

11. INAPLICACION DE LA EXIGENCIA DE PRESENTAR ACTA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL

En la actualidad, la obligatoriedad del procedimiento de conciliación extrajudicial regulado en la Ley de Conciliación N° 26872, rige en Lima y Callao, Arequipa, Trujillo, Cusco, Huancayo, Cañete y Huaura. Las actas de conciliación tienen el carácter de título de ejecución, equiparándose a un título ejecutivo judicial, a pesar de corresponder a un acto de naturaleza privada. Algunos autores discuten su constitucionalidad por considerarla que restringe el derecho de acceso de la justicia, lo que observa un problema de origen de la ley.

¹⁸¹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 23 de mayo del 2000, p. 5346.

Resulta saludable el razonamiento de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República expuesto en la Resolución Casatoria N° 693-2009-Lima de fecha 25 de agosto de 2009¹⁸², al inaplicar el artículo 6° de la Ley N° 26872 (Ley de Conciliación) por vulnerar el derecho de acceso a la justicia, es decir, usó el control difuso, aunque no lo dice expresamente. Se trata de una demanda de pago de mejoras, en la cual si bien debe acompañarse con un acta de conciliación extrajudicial por ser materia conciliable, esta no puede exigirse en dicho proceso dada la brevedad del plazo para demandar las mejoras cuando el poseedor es demandado, a su vez, por desalojo, teniendo en cuenta que el plazo para la realización de la audiencia de conciliación extrajudicial es de treinta días calendarios contados a partir de la fecha de la primera citación a las partes, de acuerdo a lo establecido por el artículo 11° de la Ley de Conciliación. Por tanto, se agravia el derecho de acceso a la justicia cuando se pretende exigir la presentación del acta de conciliación extrajudicial, al ser casi imposible realizar el procedimiento conciliatorio debido a la premura del plazo para interponer la demanda de mejoras (ver fundamento jurídico décimo primero), dado que el artículo 595° del Código Procesal Civil, prescribe que si el poseedor es demandado con desalojo y quiere hacer valer su derecho a las mejoras, el plazo para interponer la demanda es el mismo que para contestar la demanda de desalojo (cinco días hábiles). La Sala Civil de la Corte Suprema señala que por tal razón debe recurrirse al derecho de acceso a la justicia, situación que no ha sido observada por el legislador al expedir la Ley de Conciliación, promoviendo la interpretación en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional al caso concreto, a través del control difuso.

12. FINALIDAD DE LA PRUEBA

El moderno derecho a la prueba reviste vital importancia al ser una pieza clave en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El maestro MICHELE TARUFFO es de la opinión que:

¹⁸² Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31/05/2010, pp. 27714-27716.

*La verdad constituye un necesario ideal regulativo que orienta la actividad probatoria y la comprobación de los hechos... Una de las condiciones para que el proceso conduzca jurídicamente y de modo racional a decisiones correctas, y por lo tanto justas, es que éste sea orientado a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa...*¹⁸³.

Se define a la prueba:

*...como la búsqueda de la verdad en el proceso. Esta averiguación se realiza a través de los medios y de los sucedáneos pertinentes, idóneos para formar convicción en el ánimo del Juez, quien es el destinatario de la prueba y quien la aprecia a la luz de las reglas de la sana crítica...*¹⁸⁴.

El fin de la prueba puede encontrarse únicamente en la **búsqueda de la convicción judicial**, el objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. La búsqueda de la verdad jurídica objetiva significa que el proceso debe estar encaminado a encontrar la verdad del caso concreto, o mejor, a dilucidar la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas para la justa solución de la causa (la llamada *quaestio facti*); y exige además, que en la realidad de los hechos se entienda desde la óptica de lo jurídico (la *quaestio iuris*), y debe ser objetiva, es decir, que no se base en hechos o datos aparentes o inexistentes, sino en datos o hechos verificables, que se ajuste al contenido o naturaleza real de los mismos, y que no sea una derivación de la mera subjetividad del juzgador, sino una derivación del derecho vigente, así como de las circunstancias comprobadas de la causa¹⁸⁵.

Entendemos con el maestro MICHELE TARUFFO, que una prueba es pertinente

¹⁸³ Michele Taruffo, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 10, 2007, p. 333.

¹⁸⁴ Silva Vallejo, José Antonio, En: Revista Jurídica Bodas de Plata 1968-1993, Facultad de Derecho-Universidad San Martín de Porres, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 141.

¹⁸⁵ Reynaldo Bustamante Alarcón, Derechos Fundamentales y Proceso Justo, Lima, Ara Editores, 2001, pp. 283 y 284.

cuando responde a la función que le es propia, esto es, cuando el hecho sobre el cual versa dicha prueba supone un elemento útil para la declaración judicial del *factum probandum*.

La valoración es el juicio de aceptabilidad (o de veracidad) de los resultados probatorios (es decir, de las hipótesis). La valoración constituye pues el núcleo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, a una afirmación sobre hechos controvertidos.

El Código Procesal Civil sigue la doctrina moderna en materia de valoración de la prueba de la valoración razonada o libre valoración o sana crítica. El sistema de sana crítica es un proceso racional en el que el Juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas actuadas en el proceso. El Juez forma libremente su convencimiento con elementos culturales que hacen de la prueba una ciencia y no un simple acto humano.

Conforme a las reglas de la sana crítica se aplica la ley de la experiencia, las reglas de la ciencia, la lógica. Significa la libertad arreglada del Juez, a través de cauces de racionalidad tiene que justificarla utilizando el método analítico: estudiar la prueba individualmente y después la relaciona en su conjunto. La inmediación es un método para recepcionar la prueba, no es un sistema para valorar la prueba.

Señala el maestro JUAN MONROY GÁLVEZ:

Cuando un juez elabora una sentencia, emplea un proceso de aplicación judicial del derecho...El método legal y racional y sus variantes es el más reconocido en el pensamiento jurídico contemporáneo. El juez necesita de dos elementos: normas y hechos. Provistos de ellos, debe usar argumentos, los que surgen de las fuentes del derecho reconocidas en cada sistema (la ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, etc.), para justificar racionalmente su

*decisión. Eso es juzgar contemporáneamente*¹⁸⁶.

El principio de la finalidad de los actos procesales rige también en el derecho probatorio, concepción que ha sido recogida por el artículo 201° del Código Procesal Civil, al señalar que el defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida éste, si cumple su finalidad (Casación No. 1307-97-Cono Norte, Lima).

Recordemos la frecuencia con la que el Supremo Tribunal en reiterados fallos ha declarado nula la sentencia de vista por haberse resuelto la causa sin tener a la vista determinado expediente, es decir “con autos diminutos”, y en caso de ofrecimiento y admisión como prueba de expediente fenecido, por no haberse prescindido de él previo el agotamiento de los trámites respectivos.

Destaca MICHELE TARUFFO, citado por el profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona JOAN PICÓ I JUNOY¹⁸⁷, que el derecho a la prueba al tener por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si éste no valora o toma en consideración los citados resultados probatorios está frustrando el mencionado derecho, convirtiéndolo así en una *garanzia illusoria e meramente ritualistica*¹⁸⁸. Para TARUFFO es suficiente para la admisión de la prueba solicitada que sea “...hipotéticamente idónea para aportar, directa o indirectamente, elementos de conocimiento sobre los hechos que deben ser probados”. En consecuencia, es ajeno al concepto de pertinencia de la prueba el elemento de la eventual eficacia de la misma¹⁸⁹.

13. LA NULIDAD PROCESAL. LA NULIDAD COMO REMEDIO Y COMO RECURSO Y LOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN

La nulidad procesal es el estado de anormalidad del acto procesal originado por la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o de vicios existentes en ellos que lo colocan en la situación de ser declarado judicialmente inválido, el cual

¹⁸⁶ En: Diario “El Comercio”, 18 de setiembre del 2007, p. a4.

¹⁸⁷ Ob. Cit., pp. 25-26-55.

¹⁸⁸ Il diritto alla prova nel processo civile, en Riv. Dir. Proc. I/1984, p. 106.

¹⁸⁹ Ob.Cit., p. 78.

puede ser declarado de oficio o a pedido de parte.

El profesor JUAN MONROY GÁLVEZ señala que la nulidad procesal es un estado de anormalidad de un acto procesal originado en ausencia o presencia defectuosa de presupuestos que condicionan eficacia (su aptitud para producir efectos), determinando la posibilidad de su declaración judicial. Las partes o el juez pueden determinar que el acto anormal produzca efectos jurídicos a pesar de su imperfección.

Hay un símil del acto privado con el acto viciado. Ambos se ajustan a la legalidad. Puede haber conversión para evitar su nulidad; en proceso se llama convalidación o subsanación, según sea el caso.

Aquí se viola norma que afecta la defensa de la parte o el interés público de un proceso justo, aunque puede no estar normada. Falta requisito esencial para que el acto produzca efectos. Cuando es insubsanable debe declararla el juez de oficio. Se puede denunciar hasta antes que acabe proceso. Es saneada por la cosa juzgada. Ejemplo, demanda con pretensión prohibida, un acto extemporáneo o alguna afectación del derecho fundamental a un debido proceso.

Hay una zona gris entre la irregularidad y la nulidad en donde no existe base normativa. Criterios de oportunidad de las partes y justificación racional del juez deciden lo idóneo. Importancia de líneas vectoriales y principios de la nulidad procesal¹⁹⁰.

La nulidad se manifestará mediante un medio de impugnación que se realizará sobre actos procesales no contenidos en resoluciones, siendo llamados, en estos casos, remedios (artículo 356°); sin embargo, la nulidad también podría plantearse sobre actos procesales constituidos en resoluciones judiciales, por lo que también podrían ser considerados como recursos. Esta idea se ve reforzada con el artículo 382° del Código Procesal Civil, que señala: *“el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad”*. Por ello, el artículo 360° del Código citado

¹⁹⁰ En: Las Impugnaciones en el Proceso Civil. Tema N° 2, Teoría y problemática de la nulidad procesal, 2010, Material de Enseñanza, diapositivas, archivo personal.

establece la prohibición de la parte de interponer doble recurso contra una misma resolución.

Es relevante para el tema planteado que se considere la naturaleza de los vicios denunciados, es decir si son subsanables o insubsanables, pues de ello depende la oportunidad de su presentación. En efecto, si el vicio es subsanable, debe pedirse la nulidad en la primera oportunidad, mientras que si es insubsanable no es condición la primera oportunidad, pues como su nombre lo sugiere estas nulidades no se convalidan y pueden pedirse en cualquier oportunidad con resultados exitosos si se acredita su viabilidad.

De acuerdo a lo expuesto, no queda duda que si se considera que la resolución carece de alguno de los requisitos de validez previstos en la ley, lo que corresponde es pedir la nulidad de dicha resolución, a fin que el propio Juez corrija el vicio en caso de ampararla o desestimarla si es inviable.

En el supuesto de las **nulidades por falta de excepción**, el artículo 454° del Código Procesal Civil prohíbe al demandado proponer la nulidad si existe excepción para tal efecto. Por interpretación a contrario de esta norma, es fácil colegir que si la ley no establece la excepción para ciertos hechos, se puede alegar la nulidad. Estos casos se pueden presentar en las causales de improcedencia de la demanda de: falta de interés para obrar, petitorio físicamente y jurídicamente imposible, falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, indebida acumulación de pretensiones.

El supuesto de la **nulidad pese a existir excepción**, podría llevarnos a encontrar una aparente infracción a la regla procesal establecida en el artículo 454° del Código Procesal Civil. Sin embargo, consideramos que tratándose de vicios insubsanables tal aserto es inviable, dado que si la nulidad es absoluta por vicio insubsanable, nada se convalida. Por ende, si el demandado formula la nulidad en lugar de proponer la excepción, el Juez no tiene más opción que acoger la nulidad una vez que comprueba la existencia del defecto insubsanable, es decir no puede desestimarla en virtud de la regla del artículo 454°. Esta solución es aplicable

incluso si la nulidad es propuesta sin observar la primera oportunidad que tuviera el demandado perjudicado, o si lo hace fuera del plazo para excepcionar, o si lo propone como parte del recurso de apelación, que según el artículo 382° del Código contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada, e incluso si lo invoca en el recurso de casación en los procesos donde sea posible¹⁹¹.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 174° del Código Procesal Civil, quien formula nulidad, tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado.

El instituto de la nulidad procesal no hay que trabajarlo con reglas fijas sino con observancia de los principios que la regulan, especialmente aquellos que excluyen la nulidad procesal, como el de trascendencia, de convalidación y de protección o conservación o aprovechamiento. De lo contrario estaremos ante el fenómeno llamado paleopositivismo. Estos principios son los que tienen relación con la tutela jurisdiccional efectiva.

La máxima “No hay nulidad sin perjuicio” no estuvo prevista en el Código de Procedimientos Civiles derogado, por eso se anulaban procesos por cualquier pretexto. El artículo 174° del Código Procesal Civil prescribe: *“Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido”*.

Es por ello que no se puede incurrir en una excesiva solemnidad y un formalismo vacío, sancionando todos los apartamientos del texto legal, ya que sólo se sancionará como nulo cuando exista un verdadero perjuicio.

El principio de trascendencia exige un agravio real, vale decir, no hay nulidad sin

¹⁹¹ Rolando Martel Chang, Material de autoaprendizaje base Derecho Procesal Civil, Los presupuestos procesales y su control, Lima, AMAG, 2009, pp. 63, 66 y 67.

agravio. Se conecta con el principio de finalidad regulado por el artículo 171° primer párrafo del Código acotado (instrumentalidad de las formas), el mismo que establece que más importante que las formas es la finalidad. Si el acto procesal ha conseguido la finalidad, aun cuando exista alguna irregularidad, no procede se declare su nulidad.

El principio de convalidación según el cual no es procedente declararse la nulidad si se ha convalidado el acto procesal que se pretende nulificar, entendiéndose que la convalidación puede operar de varios modos (por subsanación, por integración de resolución, de pleno derecho, etc.). No hay convalidación en nulidades absolutas. El Supremo Tribunal ha señalado recogiendo el concepto del profesor MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, que la nulidad absoluta se presenta siempre que un acto procesal (o actos procesales cuyo conjunto hacen el proceso) adolezcan de una circunstancia fijada en las leyes procesales como necesaria para que el acto procesal produzca sus efectos.

El principio de protección o conservación o aprovechamiento es consecuencia del principio de finalidad y complemento del principio de causalidad en virtud del cual el acto procesal declarado nulo afecta a los que de él dependan; así, sólo se contagian los actos que siguen al nulo, no los anteriores. El principio de protección impone la no sanción de nulidad si la parte o tercero legitimado nulidicente ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio.

Este principio se encuentra reconocido en el Código Procesal Civil, pero no como principio sino como una causal de improcedencia regulada en el artículo 175°, inciso 1. La idea central es que el litigante que realiza el acto nulo no puede tener la posibilidad de elegir cuáles deben ser sus efectos, es decir, aceptarlos si le son favorables o denunciar sus defectos si le son adversos, pues ello, implicaría un atentado contra los principios de lealtad y buena fe procesal, y fomentaría que litigantes maliciosos siembren nulidades para posteriormente denunciar su presencia y retrasar el proceso.

Uno de los principios sobre los que reposan las nulidades en el proceso civil es el

de protección, que guarda relación con la doctrina de los hechos propios procurando la conservación de los actos procesales y que se encuentra recogido en el precepto *nemo auditor propriam turpitudine allegans*, conforme al cual quien dio lugar o propició el vicio no puede solicitar la nulidad, con lo que se busca evitar que quien realiza o propicia el acto viciado no pueda tener la posibilidad de elegir cuáles deben ser sus efectos, es decir, aceptarlos si le son favorables o denunciarlos si le son adversos¹⁹².

La jurisprudencia nacional sobre el criterio de aplicación de la nulidad procesal ha señalado: “... *La nulidad procesal es un instrumento de última ratio y solo debe ser aplicado cuando aparezca una infracción insubsanable de algún elemento esencial de un acto procesal o cuando se vulnere uno de los principios del debido proceso*” (Casación N° 216-96-Huaura. 22/09/1997); ...”*El criterio de las nulidades procesales debe ser restrictivo, ya que la declaración de nulidad es un remedio excepcional de última ratio ...*” (Casación N° 1759-96-Lima. 12/05/1998)¹⁹³.

Compulsada la jurisprudencia nacional, se puede constatar que las nulidades son utilizadas por los litigantes como medio de dilatar los procesos, y por parte de algunos jueces revisores como clásico remedio para anular sentencias, que inclusive es empleado por la propia Corte Suprema en muchos de sus fallos, convirtiéndose así en un mecanismo de evitar realizar un pronunciamiento sobre el fondo o del mérito de la causa, siempre proclives a encontrar motivos de nulidad, agravando la situación de causas pendientes de resolver en el Poder Judicial que es la causa de la problemática de la sobrecarga procesal.

Sin embargo, resulta saludable que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Resolución Casatoria N° 1682-2008-Huánuco, sobre tenencia y custodia de menor¹⁹⁴, haya motivado que si la Sala Superior refiere que la apelada no habría efectuado *una valoración sistemática de*

¹⁹² Casación N° 1269.2003-Cajamarca de fecha 8 de setiembre del 2004, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el diario oficial el 28 de febrero de 2005, página 13563

¹⁹³ Citadas en “Extractos de jurisprudencia procesal civil” por la Revista “Actualidad Jurídica”, N° 160, Gaceta Jurídica, marzo 2007, p. 72.

¹⁹⁴ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” 04/12/2009, pp. 26810 y 26811.

los medios probatorios que obran en autos (sic) resultan insuficientes para declarar la nulidad de la sentencia apelada, pues no se encuentran especificados que medios probatorios no fueron valorados adecuadamente o en su conjunto en la sentencia apelada, ni tampoco se ha puntualizado la trascendencia de éstos para la solución de la controversia (Fundamento Jurídico quinto). Por ello, considera que la Sala Superior debe resolver oportunamente las controversias teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión (tenencia de menor y otros), absteniéndose de emitir sentencias inhibitorias innecesarias sin mayor sustento fáctico o jurídico (Fundamento Jurídico décimo). Es oportuno que la Sala Suprema haya criticado que no se verifica cuál es el vicio que motivó la declaración de nulidad en la sentencia de vista.

Independientemente de los filtros y controles de la calificación de la demanda y de la etapa de saneamiento procesal, la tarea de saneamiento debe hacerse durante todo el desarrollo del proceso, es decir sin esperar necesariamente a que tales momentos procesales se realicen. Así fluye de la regla contenida en el artículo 176° *in fine* del Código Procesal Civil, en virtud de la cual los Jueces pueden declarar de oficio las nulidades insubsanables, alternativa que permite proceder así cuando estos vicios se refieren a los presupuestos procesales. Los procesos sirven para resolver conflictos, más si en su desarrollo se evidencia vicios insubsanables el Juez debe tomar la decisión respectiva. Ahora, si puede hacerlo de oficio también puede actuar a pedido de parte.

No siempre es posible utilizar la excepción procesal para denunciar un defecto por no existir en la ley una pertinente, o porque tratándose de un defecto insubsanable simplemente puede denunciarse su presencia en cualquier momento procesal, a pesar de haber excepción para ello que no haya sido utilizada.

14. DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACION EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Una clasificación de los defectos que pueden ocurrir en la motivación, la cual presenta dos manifestaciones:

- i. La falta de motivación y la motivación aparente; y,
- ii. La defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en dos agravios procesales:
 - a. motivación insuficiente; y,
 - b. motivación defectuosa en sentido estricto.

La falta de motivación se presenta cuando la motivación es inexistente. La motivación aparente es una no-motivación camuflada, es decir, una motivación que parece estar allí, pero en realidad se trata de un conjunto de palabras pero sin ningún sustento fáctico o jurídico. De esa manera, *“la motivación aparente es aquella que disfraza o esconde la realidad a través de cosas que no ocurrieron, pruebas que no se aportaron o fórmulas vacías de contenido que no se condicen con el proceso”*¹⁹⁵. La motivación insuficiente se presenta cuando se vulnera el principio de la razón suficiente. La motivación defectuosa propiamente dicha se presenta cuando el razonamiento del Juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 4194-2008-Lima de fecha 17 de agosto del 2009 incurre en error al identificar la motivación aparente con aquella decisión basada en medios probatorios no actuados o hechos no ocurridos, asimismo constituye un grave error conceptual admitir que la motivación aparente es una especie de motivación defectuosa, por el contrario, debería pertenecer a la rama de falta de motivación¹⁹⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que la motivación aparente es cuando no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en

¹⁹⁵ Zavaleta Rodríguez, Róger Enrique y otros. “Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales”. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 406.

¹⁹⁶ Revista “Diálogo con la Jurisprudencia” N° 139. Lima, Gaceta Jurídica, abril 2010, pp. 241-246.

frases sin ningún sustento fáctico o jurídico (STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC Caso Llamota Hilaes, Fundamento Jurídico 7).

El profesor FRANCISCO CHAMORRO BERNAL en su obra “La Tutela Judicial Efectiva” al desarrollar el tema de la motivación señala:

La motivación de una resolución judicial supone (...) una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto. Esa justificación de la resolución deberá incluir:

- a. El juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma*
- b. La aplicación razonada de la norma.*
- c. La respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes para la decisión¹⁹⁷.*

El Tribunal Constitucional ha señalado que según el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la *ratio decidendi* por la que se llega a tal o cual conclusión. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.

Las resoluciones judiciales son actos procesales del órgano jurisdiccional cuya

¹⁹⁷ Barcelona, Bosch, 1994, pp. 210 y 211.

eficacia puede ser afectada mediante instrumentos ordinarios como: a. Revocación por el Juez superior competente ordenada en sede de apelación; b. Anulación por dicho Juez superior, dispuesta al absolver el grado de apelación; c. Anulación sancionada por el mismo juez en caso de comprobación de vicio insubsanable que agravie al que recurre alegando agravio de su derecho, o, de oficio, cuando corresponda hacerlo. Sin embargo, cuando una resolución judicial afecta un derecho constitucional y su eficacia se mantiene a pesar de haberse agotado los medios impugnatorios ordinarios, el afectado puede acudir a la sede constitucional pertinente solicitando que se prive de eficacia a la referida resolución (Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2347-2004-AA/TC de fecha 18 de febrero del 2005, Fundamento Jurídico 3).

Una resolución judicial está constituida por la motivación y por la decisión contenida en ella, siendo la primera la explicación de los argumentos que justifican su existencia. Una resolución sin motivación constituye una arbitrariedad pura; es decir, una decisión de la que la Constitución Política del Estado y la Ley Procesal exigen, bajo sanción de nulidad, la fundamentación pertinente (STC de fecha 18 de febrero del 2005, Expediente N° 2347-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 5).

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a las que pertenezcan, deban expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de los justiciables, precisándose que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre el pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa (cf. STC 1291-2000-AA/TC y 1230-2002-HC/TC, Fundamento Jurídico 11).

Respecto la debida motivación se ha dicho también que”...*implica que una resolución deba contar con suficiente motivación tanto de los hechos como de la*

interpretación y/o razonamiento de normas invocadas. Por otro lado la motivación de una decisión no solo consiste en expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada...” (Sentencia del Expediente 03283-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 3).

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 1562-2006-Piura ha señalado:

Una motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por tanto, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho in factum (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio) y la motivación de derecho o in jure (en el que se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma.

En la Casación N° 3015-2005-San Martín ha establecido lo siguiente:

La observancia del principio de motivación de las resoluciones judiciales encierra no solamente la cita de las normas aplicables al caso y las conclusiones fácticas respecto a los supuestos de hecho de la norma, sino que exige también que se explique las razones por las cuales determinada norma resulta aplicable y la valoración correspondiente de los medios probatorios que permita arribar a determinada conclusión fáctica para que se subsuma dentro del supuesto de hecho de la norma, porque de lo contrario nos encontraremos ante una sentencia con motivación aparente en la que se señalen conclusiones que no están respaldadas con el examen correspondiente, o ante una motivación insuficiente en la que las razones

que se expresan no resultan ser suficientes para sustentar la decisión ¹⁹⁸.

15. LITISPENDENCIA

Puede entenderse por litispendencia el conjunto de efectos procesales, legalmente previstos a favor de una o ambas partes, que se manifiestan durante la pendencia de un juicio con el objetivo de garantizar la eficacia de la futura definición judicial del derecho desde la perspectiva de la duración de dicho juicio, evitando que esta duración perjudique al derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes¹⁹⁹. En la última parte de la definición se recoge la finalidad de la litispendencia, ya que, no puede concebirse la institución sin tener en cuenta su componente teleológico, de preservar a las partes de las consecuencias nocivas que pueden derivarse de la inevitable duración de un proceso, pudiendo afirmarse que la litispendencia constituye una de las principales manifestaciones procesales de la garantía de la tutela judicial efectiva, al igual que la cosa juzgada lo es una vez que la sentencia deviene en firme.

Cuando la sentencia alcanza la firmeza o cosa juzgada formal, la litispendencia ya ha cumplido su objetivo de garantizar la eficacia de la futura resolución judicial con carácter irrevocable, dejando paso a la cosa juzgada material, la cual tiene por meta tutelar la eficacia de la resolución ya emitida. En suma, ambas figuras presentan la vinculación de que las dos tienden a garantizar dicha eficacia, respectivamente, antes y después de la firmeza de la sentencia.

En tal sentido, el fundamento de litispendencia como causal de improcedencia de la demanda en el proceso civil o constitucional, supone que el demandante inicie un nuevo proceso idéntico a otro anterior, el mismo que debe encontrarse en trámite. Con respecto a la exigencia de identidad entre el primer y el segundo proceso, el artículo 452° del Código Procesal Civil, prescribe que esta se define cuando hay identidad de partes o quienes deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos, en ambos procesos.

¹⁹⁸ Publicada en el diario oficial El Peruano el 03 de julio del 2007.

¹⁹⁹ Francisco Málaga Diéguez, La Litispendencia, Barcelona, José María Bosch Editor, 1999, p. 38.

No se ha encontrado ninguna resolución del Tribunal Constitucional español que proclame claramente la relación entre litispendencia y tutela judicial efectiva en los términos expuestos; pero sí existen numerosas sentencias que relacionan la cosa juzgada y la eficacia de las resoluciones judiciales con la garantía recogida en el artículo 24, párrafo 1 de la Constitución española.

16. COSA JUZGADA

El profesor FRANCISCO CHAMORRO BERNAL citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español señala que el principio de la cosa juzgada material está conectado con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que no es posible reabrir un proceso resuelto por sentencia firme. Tal principio tiene, como efectos positivos,, considerar lo declarado por sentencia firme como la verdad jurídica y evitar que sobre la misma pretensión puedan dictarse diversos fallos contradictorios y como efecto negativo, hacer imposible que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre un mismo tema²⁰⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4587-2004-AA/TC ha destacado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la cosa juzgada:

...garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos hayan sido agotados o que haya transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado....

Es decir, para que una resolución judicial se encuentre dentro del ámbito de protección del derecho constitucional a la cosa juzgada, no basta con que ostente el carácter de firmeza, es decir que contra ella se haya agotado los medios impugnatorios disponibles, sino que debe tratarse de una resolución que contenga

²⁰⁰ La Tutela Judicial Efectiva. Barcelona, Bosch, 1994, p. 297.

un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

El derecho fundamental a la tutela procesal efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada, tanto en su aspecto positivo, impidiendo que los jueces, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una resolución que haya adquirido firmeza, como en su aspecto negativo, excluyendo la posibilidad de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya decidido en resolución firme.

En buena cuenta, la cosa juzgada como derecho fundamental garantiza la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, es decir, impide que puedan ser alteradas, modificadas, dejadas sin efectos o retardadas en su ejecución. Por ello, la eficacia de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales obliga a los propios órganos judiciales a que respeten y queden vinculados por sus propias y ajenas declaraciones judiciales firmes (STC N° 3303-2006-PA/TC de fecha 19 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 2).

El principio de la cosa juzgada constituye la esencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional vinculado a la seguridad jurídica. Se define como la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia judicial, una vez firme, y que implica la presunción de que lo en ella ha resuelto se tenga como verdadero y no modificable. El tema de discusión en torno a la cosa juzgada debe estar referido al tipo de sentencia según el grado de inmutabilidad tenga ésta. Siguiendo la estructura del Código Procesal Civil, el profesor ADRIÁN SIMONS PINO, propone la siguiente clasificación:

- a. Sentencias Definitivas.- En este caso sólo se puede admitir un medio extraordinario de impugnación, entendido este como la revisión civil por fraude procesal, regulada en el artículo 178° del Código Procesal Civil.
- b. Sentencias Últimas.- Los fallos que adquieren la autoridad de cosa juzgada. Lo cual quiere decir que, a diferencia de las sentencias definitivas, las sentencias últimas adquieren inmutabilidad colocándolas al margen de cualquier discusión

posterior.

Excluye de esta clasificación a las sentencias firmes, por cuanto la posibilidad de cuestionar un fallo a través de un proceso de cognición no ha sido contemplada en nuestro Código Procesal Civil. Por ende, la cosa juzgada formal no encaja como criterio clasificatorio en nuestro ordenamiento procesal.

Existe asimismo un criterio clasificatorio asumido por gran parte de la doctrina. El maestro sanmarquino MARIO ALZAMORA VALDEZ en su obra “Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario”, enseña:

La cosa juzgada formal, consiste en la fuerza y autoridad de una sentencia –ejecutoria en el mismo juicio en que se pronunció, y por tanto no pueden discutirse nuevamente ni ser objeto de una resolución ulterior –en el mismo juicio- las cuestiones resueltas. La cosa juzgada material, es la fuerza y autoridad de una sentencia, en virtud de las cuales puede hacerse valer como decisión definitiva de un litigio en cualquier otro proceso y ante cualquier otra autoridad, sea o no judicial...Cabe señalar, que la cosa juzgada está contenida en la parte decisoria o resolutive de la sentencia y no en los considerandos...La cosa juzgada tiene su fundamento en la naturaleza del proceso que es una institución de derecho público, y de allí deriva su obligatoriedad...La cosa juzgada se basa en razones de seguridad jurídica²⁰¹.

Por su parte la profesora ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA, nos dice que la cosa juzgada formal, es la autoridad que tendrán las decisiones judiciales respecto de las cuales operó preclusión, es decir, ya no existe posibilidad de impugnación, volviéndose inmutables, pero sólo dentro del proceso en el que fueron emitidas. Dentro de las características de la autoridad de la cosa formal tenemos: a. La inatacabilidad de la decisión judicial (sea decreto, auto o sentencia)

²⁰¹ Lima, Fondo Editorial de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1968, Segunda Edición Aumentada, pp. 257, 258 y 259.

es directa, en tanto no puede ocurrir dentro del mismo proceso, lo que no impide su cuestionamiento indirecto, dentro de un nuevo proceso; b. Atendiendo a que el presupuesto de la cosa juzgada formal, es su carácter definitivo derivado de la preclusión de la posibilidad de impugnación, este carácter definitivo, puede presentarse por cualquiera de las siguientes causas: el agotamiento del uso de todos los medios impugnatorios previstos por el ordenamiento jurídico, en cuyo caso estaremos frente a decisiones definitivas por “ejecutoriadas”; o por el transcurso del plazo para impugnar sin que ésta se haya producido , con lo cual estaremos ante una decisión definitiva por “consentida”²⁰².

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrolla la doctrina que ha establecido un doble contenido respecto de la cosa juzgada, señalando que existe un contenido formal, que alude al hecho de que las resoluciones que han puesto fin al proceso judicial no puedan ser nuevamente cuestionadas, en la medida en que ya se han agotado todos los recursos impugnatorios que la ley prevé, o que, en su defecto, han transcurrido los plazos exigidos para hacerlo. Y un contenido material, que hace referencia a la materia contenida en la resolución judicial, la misma que al adquirir tal condición no puede ser modificada o dejada sin efecto, sea por parte de otros poderes públicos, de terceros, o inclusive, de los propios órganos jurisdiccionales que emitieron la resolución judicial en mención (Contenido formal y material de la cosa juzgada, STC 04354-2007-HC, Fundamento Jurídico 7).

Por otra parte, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada, tanto en su aspecto positivo, impidiendo que los jueces, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una resolución que haya adquirido firmeza, como en su aspecto negativo, excluyendo la posibilidad de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya decidido en resolución firme.

²⁰² Apuntes sobre los Alcances de la Autoridad de la Cosa Juzgada en el Proceso Civil Peruano”, En: Revista Jurídica del Perú, N° 24, julio 2001, pp. 190 y 191.

La cosa juzgada como derecho fundamental garantiza la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, es decir, impide que puedan ser alteradas, modificadas, dejadas sin efectos o retardadas en su ejecución. Por ello, la eficacia de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales obliga a los propios órganos judiciales a que respeten y queden vinculados por sus propias y ajenas declaraciones judiciales firmes (Cosa juzgada: eficacia positiva y negativa, STC 03303-2006-AA/TC, Fundamento Jurídico 2).

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139°, cuando se menciona que *“ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución”* (Derecho a la ejecución de las resoluciones como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, STC 0015-2001-AI y acumulados, Fundamento Jurídico 8).

Por tanto, ante el supuesto donde existe una sentencia ejecutoriada, resulta de aplicación, lo normado en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sentido que: *“No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil, penal que la ley determine en cada caso”*, normatividad que guarda conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución Política.

17. EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Con arreglo al principio *iura novit curia*, es el Juez como titular de la potestad jurisdiccional, quien tiene el poder-deber de proporcionar el derecho que corresponda al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes, conforme a la pretensión procesal planteada, objeto del proceso. Se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del Juez, y en

consecuencia no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de las partes, existiendo el límite de respetar el principio de congruencia²⁰³.

El principio *iura novit curia* no solamente permite suplir o subsanar la omisión en la calificación jurídica sino corregir el derecho mal invocado por las partes. Se realiza a través de dos funciones: a. Supletoria: cuando las partes han omitido de plano, los fundamentos jurídicos en que sustentan su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso: contestación de la demanda, reconvención y excepciones; y, b. Correctora: el Juez aplica la norma jurídica pertinente cuando las partes han invocado mal los fundamentos jurídicos de su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso.

El profesor español FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS señala:

*...La congruencia de la decisión exige que se contesten tanto el petitum (lo que se pide), como la causa petendi (los fundamentos factuales y jurídicos que sustentan lo que se pide), pero sin que sea preciso la identidad 'entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el juez', ni, en general, estando vinculado éste por los razonamientos jurídicos empleados por aquéllas en virtud, precisamente, de los poderes que le confiere el principio iura novit curia*²⁰⁴.

El principio *iura novit curia* es consustancial a la función jurisdiccional, en cuanto el Juez declara o aplica el derecho. Se permite una aplicación antelada por parte del juez de la función supletoria y correctora de este principio, al permitirse examinar la correcta denominación jurídica de la pretensión ejercitada en la clarificación de los petitorios, ya sea al momento de la calificación de la demanda, la contrapretensión, auto que resuelve las excepciones deducidas, saneamiento del

²⁰³ Juan Espinoza Espinoza. "Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984" Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Católica del Perú, 2003, pp. 320 y 321, citando a Obando Blanco, Víctor Roberto. Estudios de Derecho Procesal Civil. Lima, Editorial San Marcos, 1997, p. 352.

²⁰⁴ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 44.

proceso, etc., debiendo tenerse presente que:

[La]...determinación de cual sea el objeto del proceso tiene trascendencia para la explicación del principio iura novit curia, por cuanto, es a éste al que hay que aplicar la norma jurídica en la sentencia. La teoría del objeto del proceso constituye argumento central de análisis, y denominador común para la solución y explicación de una serie de fenómenos procesales²⁰⁵.

Compartimos la consideración que el principio *iura novit curia* es una de las manifestaciones del principio de autoridad del juez, como lo señala el profesor JUAN MORALES GODO. En ese sentido señala que: “...No se transgrede el principio de congruencia cuando se aplica el *iura novit curia*, por cuanto el Juez resuelve las pretensiones de las partes, en función a los hechos invocados por ellos y que han sido debidamente acreditados por los medios probatorios pertinentes”²⁰⁶.

Es deber del Juez aplicar el derecho que corresponde al proceso, pues lo contrario ocasionaría que las partes no vean resuelto su conflicto de intereses y se vulnere el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El principio *iura novit curia* reafirma el deber del Juez de tener en cuenta –de manera preferente- la Constitución cuando resuelva un caso.

En cuanto a los límites de su aplicación, básicamente lo encontramos en el principio de congruencia procesal, dado por los hechos “jurídicamente relevantes”, cuya mención de los hechos en un proceso es exclusiva de las partes. El segundo límite es el objeto de la pretensión, esto es, el *petitum* o petitorio, aquello que se pide al Juez declare (efecto jurídico específico que se desea). Este efecto es el objeto de la pretensión procesal, en virtud del cual el Juez deberá pronunciarse y resolver. Un tercer límite es el verificar si los hechos del cual emana el derecho correcto, han sido materia de debate y de prueba, esto es, sólo puede ejercitarse

²⁰⁵ Obando Blanco, Víctor Roberto, Ob. Cit., p. 350, Conclusión N° 4 de la tesis para optar el Título de Abogado.

²⁰⁶ Instituciones de Derecho Procesal. Lima, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 42.

cuando no afecta ni el derecho de defensa ni el principio del contradictorio, es decir, cuando no altera en nada las pretensiones planteadas por las partes ni los hechos alegados o sometidos a probanza.

Tradicionalmente se viene entendiendo por “congruencia” la exigencia de que las resoluciones judiciales otorguen respuesta, efectivamente, a todas las pretensiones litigiosas que las partes hayan sometido en tiempo y forma a la cognición de los tribunales de justicia. Para determinar si una resolución judicial es o no conforme con las exigencias del apuntado deber judicial de congruencia, debe atenderse, fundamentalmente, de un lado a lo solicitado por las partes en sus respectivos escritos de alegación, y de otro a lo decidido por los jueces en la parte dispositiva de sus resoluciones. Y, de ahí, que quepa tachar de incongruentes aquellas decisiones judiciales que otorguen más de lo pedido por el actor o menos de lo resistido por su contraparte (dando lugar a las clásicas manifestaciones de incongruencia *supra e infra petita*), o que concedan cosa distinta a lo solicitado por aquellas (ocasionando la tradicionalmente denominada incongruencia *extra petita*), o que, finalmente, omitan pronunciarse sobre alguna de dichas solicitudes o peticiones de las partes litigantes (produciendo entonces la que desde siempre se ha dado en llamar incongruencia *citra petita* u omisión de pronunciamiento)²⁰⁷.

La afectación al principio de congruencia conlleva a la afectación del derecho de defensa y consecuentemente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sobre este tema, la Resolución Casatoria N° 2292-03-Ica del 12 de octubre del 2004 ha expresado lo siguiente:

...El principio de congruencia a que se refiere el artículo 50° inciso 6 del Código Procesal Civil constituye una de las garantías del debido proceso en virtud del cual debe existir una correspondencia entre el petitorio y los fundamentos de hecho de la demanda (causa petendi) con lo que resuelve el Juez en la sentencia, no pudiendo pronunciarse

²⁰⁷ Ver José Garberí Llobregat, Constitución y Derecho Procesal, Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal, Navarra, Civitas, 2009, pp. 174 y 175.

*más allá del petitorio ni sustentarse en hechos no alegados por las partes conforme lo establece el segundo párrafo del artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil*²⁰⁸.

No debemos olvidar que el principio *iura novit curia* no solamente resulta de aplicación en la sentencia. Es por ello, que si el Juez omite en su actuación el conocimiento de la norma jurídica, aun cuando la parte demandante no lo hubiere fundamentado jurídicamente en forma correcta, siendo una exigencia en el específico cometido de su función, de acuerdo a la finalidad del proceso como instrumento para la protección de los derechos materiales, la inaplicación del principio *iura novit curia* vulnera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Es aquí, donde me satisface realizar un enlace entre mi tesis sustentada para optar el Título de Abogado que desarrolla el tema del “Principio *iura novit curia*” con la presente tesis para optar el grado de Magíster en nuestra Alma Mater San Marcos, continuando nuestro refrendo histórico de las enseñanzas del Derecho Procesal Civil.

Finalmente, en cuando a la aplicación del principio *iura novit curia* en sede casatoria, en la Sentencia dictada en el Primer Pleno Casatorio Civil realizado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 21 de abril de 2008 (Casación N° 1465-2007-Cajamarca) en el fundamento 39 de manera expresa señaló:

De igual guisa, tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que (aun existiendo pareceres en sentido diferente) en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del iura novit curia, al ser la casación un recurso extraordinario que solo se permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386 del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio”.

²⁰⁸ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de mayo de 2005.

Sin embargo, existen algunas casaciones de la Corte Suprema que sí han aplicado el principio *iura novit curia* en sede casatoria para resolver la procedencia del recurso, por ejemplo en la Casación N° 543-95-Lima. Los argumentos que utilizan los Magistrados Supremos para adoptar la posición de inaplicar el principio *iura novit curia* se reducen a dos: carácter formalista del recurso de Casación, además de la supuesta vulneración que se daría contra el principio de congruencia si es que de oficio se analiza una causal casatoria no denunciada por el recurrente del recurso²⁰⁹.

Un sector de la doctrina nacional señala que no se comprende porqué la Corte Suprema no puede aplicar la norma que corresponde al caso concreto cuando ésta no ha sido invocado o lo ha sido erróneamente. ¿Acaso no tienen la misma finalidad el recurso de casación con el principio *iura novit curia*? Ambas figuras procesales concurren en la defensa del derecho objetivo. Agregando, ¿Qué agravios produciría la aplicación *Iura Novit Curia* en el recurso de Casación, si solo con ella se aplica la norma correcta? Consideran que no se produciría ningún agravio a las partes, puesto que lo único que se estaría aplicando es la norma correcta o que efectivamente corresponda al caso concreto²¹⁰.

18. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: PRINCIPIO DE EQUIDAD

La discrecionalidad, según GIOVANNI TARELLO, es *[un] fenómeno, [que es] común a todas las organizaciones jurídicas*²¹¹. Ya HART nos dijo que...*el juez debe algunas veces salir fuera del derecho y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión en los 'casos difíciles', es decir, casos en los que el derecho existente resulta indeterminado...*²¹².

En ciertos supuestos, el ordenamiento jurídico dispone de manera expresa, que el

²⁰⁹ Oscar R. Tenorio Torres. Razones para la aplicación del principio *Iura Novit Curia* en sede casatoria civil. En: Debate Jurisprudencial. Lima, Motivensa Editores, p. 51.

²¹⁰ Ocer Córdova López. ¿Es posible la aplicación del “Principio *Iura Novit Curia*” en Casación Civil? Publicada en la página Web: www.derechoycambiosocial.com/revista014/casacion.htm, pp. 3 y 5.

²¹¹ Cultura jurídica y política del derecho, Granada, 2002, pp. 178-179.

²¹² Hart, H.L.A: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, Sistema, núm. 36, Mayo- 1980, p.8; citado por J. Alberto Del Real Alcalá, La indeterminación de la “estructura del deber” de los jueces en el Estado de Derecho. En: Anuario de Filosofía del derecho, Madrid, Ministerio de Justicia-Ministerio de la Presidencia, Nueva Época, Tomo XXIII, 2006, pp. 257 y 258.

juez debe apreciar la cuestión razonadamente, por no poder la norma anticipar todas las notas relevantes del caso. Así ocurre v. gr. cuando se remite a la prudencia de los jueces para fijar el monto de la indemnización en la responsabilidad por inejecución de obligaciones (artículo 1332°, Código Civil).

El profesor ROBERTO BREBBIA citando la jurisprudencia argentina señala:

*La equidad no ha sido establecida en nuestro ordenamiento jurídico independientemente de la ley. No es fuente directa del Derecho, a menos que la ley se remita a ella para determinadas instituciones. Sólo constituye un elemento de indiscutible valor en la interpretación de las normas positivas, para lograr la justicia que el caso requiere. El juez no puede invocar la equidad para derogar la ley o apartarla simplemente del caso; a menos que correspondiere su aplicación de acuerdo con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico*²¹³.

La equidad, en el plano axiológico, equivale a la justicia. Retomando el ejemplo de la responsabilidad civil, el juez debe observar los criterios de cuantificación de los daños, de lo contrario se convertirá la “discrecionalidad judicial” en arbitrariedad, vulnerando así el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El artículo 1984° del Código Civil prescribe que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

La profesora MILAGROS OTERO PARGA al desarrollar el tema de “La arbitrariedad” concluye:

La arbitrariedad es una conducta negadora del orden ya que significa la ausencia de un criterio constante de actuación, adoptado con independencia del resultado que produzca.

Sus consecuencias más inmediatas son la falta de seguridad, certeza, y justicia. Y por lo tanto, constituye una práctica que debe ser evitada,

²¹³ CNC iv., sala C, 16/3/87, La Ley, 1988-A, 555; CNCiv., sala C, LLC, 1985-A, 38; La equidad en el derecho de daños. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, 1997, Tomo 1997-B, Sec. Doctrina, pp. 1142-1144.

*tal y como establece nuestra Constitución, puesto que constituye un atentado frente al derecho establecido*²¹⁴.

El jurfilósofo RICCARDO GUASTINI explica que referente al concepto de principio, se suele decir que todo sistema jurídico incluye dos tipos de normas: “reglas” y “principios”. Se puede convenir que una regla sea un enunciado condicional que concede una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos: “si F, entonces G”. La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, la adquisición de un status, el nacimiento de una obligación o de un derecho, la validez o invalidez de un acto, etc. Los juristas contemporáneos consideran principio, toda norma que presenta las dos características siguientes:

- a. Los principios en cuanto normas fundamentales: caracteriza el sistema jurídico del cual trata (o de uno de sus sectores), en el sentido que constituye un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema; da fundamento axiológico (otorga justificación ético política) a una pluralidad de otras normas del sistema; no exige a su vez algún fundamento, alguna justificación ético política, porque es concebida, en la cultura jurídica existente, como una norma evidentemente “justa” o “correcta”. Algunos ejemplos: en Derecho Civil, el principio de la autonomía privada, en el sistema jurídico integral, el principio “*lex posterior derogat priori*” o el principio de irretroactividad de las leyes.
- b. Los principios en cuanto normas indeterminadas: un principio es una norma indeterminada; una norma es defectible cuando no establece exhaustivamente los hechos condicionantes, o bien no enumera todas las excepciones; una norma genérica es una norma que por un lado exige la formulación de otra norma –que la “concretiza”, permitiendo su “actuación” o “ejecución” –sin la cual no sería apta para resolver casos concretos, y por otro lado, puede ser actuada, en seguida, o concretizada en muchos modos diversos y

²¹⁴ En: Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Nueva Época, Tomo XII, 1995, p. 400.

alternativos²¹⁵.

19. ACCESO A LOS RECURSOS

El acceso a los recursos, comenta ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, constituyendo una de sus vertientes, que comprende el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, que puede limitarse, sin embargo, a declarar la inadmisión del recurso en el caso de que no se den los requisitos legalmente establecidos (sentencias del Tribunal Constitucional Español 37/1982, 19/1983, 68/1983, 93/1984, entre otras muchas)²¹⁶.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende la utilización de los recursos legalmente establecidos, y singularmente el de Casación, y que, por tanto, infringe aquel derecho fundamental cualquier decisión de inadmisión de un recurso que no se funde en la aplicación razonada y razonable de una causa legal de inadmisibilidad o improcedencia, esto es, en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales.

Es importante observar que el **principio de fungibilidad** de los recursos no se encuentra recogido en el Código Procesal Civil, el mismo que consiste en que si el impugnante se equivoca, el Juez lo corrige y concede la impugnación que corresponda, operando la conversión del recurso. Es una aplicación del principio de instrumentalidad de las formas.

Por otro lado, ponemos a examen el auto de vista emitido por Sala Civil Superior que motiva:

Según la doctrina sobre la materia, el proceso es una serie de actos que se desenvuelven y se producen progresivamente, con el fin de resolver, mediante un juicio de autoridad, un conflicto de intereses sometido al conocimiento y decisión del titular de la decisión; la

²¹⁵ En: Ponderación: Un análisis de conflictos entre principios constitucionales. Palestra del Tribunal Constitucional, Lima, Año 2, N° 8, agosto 2007, pp. 634 y 635.

²¹⁶ Ob. Cit., p. 81.

demanda es el medio procesal para accionar y hacer valer las pretensiones procesales y su sola interposición no basta para generar un proceso válido, sino que debe reunir los requisitos formales y de fondo que la ley procesal señala; en el presente caso, la demanda ha sido declarada improcedente liminarmente, por lo que no habiéndose generado una relación procesal válida al no haberse admitido a trámite, no se puede calificar lo actuado como un proceso judicial (argumento central); en virtud a lo expuesto, la resolución recurrida no se encuentra comprendida dentro de los alcances del inciso segundo del artículo 385° del Código Procesal Civil.

De esa manera se considera improcedente el recurso de Casación. Para su análisis debe establecerse que la relación jurídica procesal es compleja porque de ella emanan múltiples relaciones entre las partes y entre éstas y el Juez, en forma progresiva y no simultánea, a medida que el proceso avanza gradualmente y hasta llegar a su terminación, es una relación de derecho público, unitaria y singular, en cuanto existe separadamente en cada proceso. La existencia de la relación jurídica procesal se origina con la demanda dirigida al Juez, a la que luego se integra el emplazado, por lo que constituye un error hablar que al haberse declarado liminarmente improcedente la demanda, no se puede calificar lo actuado como un proceso judicial. Como lo expresa JUAN MONROY GÁLVEZ el proceso judicial es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos²¹⁷.

De lo expuesto planteamos como tesis:

Se vulnera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva con la inadmisión de un recurso ordinario o extraordinario.

Resulta saludable que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República haya establecido mediante Resolución Casatoria No. 3247-2002-La

²¹⁷ Introducción al proceso civil, Bogotá, 1996, Tomo I, pp. 134-135.

Libertad de fecha 20 de octubre del 2003, que se aparta del criterio jurisdiccional primigenio, en cuanto ha venido negando reiteradamente la viabilidad de los recursos extraordinarios de casación planteados contra autos que declaran la improcedencia de una demanda, posición que es modificada permitiendo en sede casatoria el reexamen del rechazo de una pretensión.

En efecto, existía un criterio jurisprudencial que declaraba la inadmisibilidad (entiéndase improcedencia) del recurso de Casación contra el auto que declara improcedente una demanda, al no existir un “proceso válido”, teniendo en consideración que sólo con el emplazamiento con la demanda se considera existente un proceso, que constituye consecuencia lógica de la calificación positiva de la demanda hecha por el juzgador (ver Auto calificadorio del recurso de Casación de fecha 22 de junio de 1995, expedido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República). Tal criterio fue criticado en su oportunidad por el maestro JUAN MONROY GÁLVEZ en el artículo “Jurisprudencia comentada por el Colegio de Abogados de Lima” aparecido en un diario local, partiendo de la exposición de la distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica del proceso, entre las cuales destaca la que considera a éste como una relación jurídica procesal desde la obra de OSCAR VON BÜLOW, pasando por WACH, KOHLER, HELLWIG, entre otros, y donde afirma que no se puede afirmar que sin emplazamiento no hay proceso y luego decir sobre el mismo caso que “no existe proceso válido”, y asimismo, que está fuera de duda que la relación inicial entre demandante y Juez no sólo es jurídica y procesal, sino también es el punto de partida del proceso, concluyendo MONROY que *“El proceso judicial se inicia cuando se presenta una demanda ante una oficina judicial”*.

Nuestro Código Procesal Civil contempla un catálogo de **resoluciones inimpugnables**, por tanto debiéramos hablar del derecho a la impugnación con arreglo a ley.

Si se apela la resolución que pone fin al proceso si podemos hablar de segundo grado. Si se apela una resolución interlocutoria no estaremos ante un segundo grado, sino ante el simple reexamen de la resolución por un juez distinto. Esta

distinción trae una consecuencia, sólo será constitucionalmente exigible el que las resoluciones finales del proceso sean apelables. En cambio, si la ley (como ocurre en numerosos casos en nuestro Código) establece que un determinado auto interlocutorio no es apelable ello es perfectamente legítimo desde el punto de vista constitucional. En estos casos no se viola el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

El Código Procesal Civil señala que la decisión del Juez de disponer prueba de oficio es inimpugnable, lo cual no significa que se pueda apelar cuando no se cumpla con los presupuestos ni límites a la iniciativa probatoria, ya que ésta debe ser razonable y adecuadamente motivada.

El Código contempla disposiciones generales aplicables a todos los medios impugnatorios y disposiciones especiales para los recursos. Pero también regula el tema de la nulidad procesal en sección aparte, incluyendo dentro de ella a todos los actos procesales, sean o no resoluciones.

20. AFORISMO “*REFORMATIO IN PEIUS*”. PRINCIPIO DE LA PROHIBICION DE LA REFORMA PEYORATIVA

El derecho a no sufrir reforma peyorativa en la resolución de los recursos se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva. La interdicción de la reforma peyorativa representa un principio procesal que, a través del régimen de garantías legales de los recursos, integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conectándose con las exigencias derivadas de la prohibición constitucional de indefensión, y comporta la prohibición de que el órgano judicial *ad quem* exceda los límites en que esté formulado el recurso, acordando una agravación del pronunciamiento impugnado que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste. Por ello tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es

un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación²¹⁸.

Por el principio de la *non reformatio in peius* que a su vez se funda en el principio dispositivo, el órgano superior al absolver el grado de apelación, se encuentra impedido de empeorar la situación originaria del apelante con la que se produjo la alzada, salvo que también medie apelación de la otra parte. Es decir, de no mediar apelación de la otra parte o adhesión, el Juez de segundo grado no puede perjudicar la situación del apelante, respecto a la condición primigenia existente con anterioridad a la apelación.

La vulneración del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva puede tener lugar en virtud de la doctrina de la *reformatio in peius*, por el cual el superior no puede resolver en perjuicio del apelante. Conforme con la primera parte del artículo 370° del Código Procesal Civil, el Juez Superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra también haya apelado o se haya adherido.

Para ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, la vulneración del derecho a la tutela efectiva puede tener lugar en virtud de la doctrina de la *reformatio in peius*, pero es preciso:

*...que su vulneración se produzca cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso y no a consecuencia de los recursos, directos o adhesivos, de la parte contraria, o de alegaciones concurrentes e incidentales que hayan sido formuladas por ésta en condiciones que permitan reconocerles eficacia devolutiva*²¹⁹.

Conforme con la primera parte del artículo 370° del Código Procesal Civil, el Juez Superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante,

²¹⁸ STC 203/2007, de 24 de septiembre, del Tribunal Constitucional Español, citada por José Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho Procesal*, Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal, Navarra, Civitas, 2009, p. 193.

²¹⁹ Ob. Cit., p. 85.

salvo que la otra también haya apelado o se haya adherido. La norma antes acotada, recoge la vigencia del aforismo “*reformatio in peius*”, por el cual, anota VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, se prohíbe al Tribunal *ad quem* dictar, sin iniciativa ni excitación de parte interesada, ex officio, una resolución que grave al recurrente aún más que la apelada²²⁰.

En efecto, esta norma impone al grado que conoce de la apelación una competencia revisora restringida a los aspectos de la resolución impugnada que le resultan desfavorables al apelante.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que la prohibición de la *reformatio in peius*, constituye una garantía implícita del derecho al debido proceso, vinculado al derecho de defensa y a interponer recursos de apelación (Sentencia N° 0553-2005-HC/TC, Fundamento Jurídico tercero).

Nuestro sistema de recursos civiles se fundamenta en el principio dispositivo. La reforma peyorativa es un elemento incompatible con el derecho de defensa, que se instituiría en un medio disuasorio del derecho a impugnar. El apelante, por medio de su recurso, busca mejorar su posición, una *reformatio in melius*, como consecuencia de la enmienda o corrección de los errores *in procedendo* o *in iudicando* que hubiese denunciado. De este modo, la interposición de la apelación, no puede ser utilizado por el *Ad quem* para modificar la sentencia impugnada en perjuicio del recurrente, a no ser que la otra parte se haya adherido a la apelación interpuesta. De esto se sigue que el *Ad quem* podrá reformar la sentencia en beneficio del apelante, o llanamente desestimar la apelación, pero le está vedado revocarla para agravar o empeorar la situación del recurrente respecto de lo que ha sido definido por la sentencia del a-quo (Sentencia de Casación N° 4732-2008-Callao de fecha 7 de abril del 2009 expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Fundamento Jurídico tercero).

²²⁰ Doctrina General de Derecho Procesal, Bosh, 1990, p. 508.

21. DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS. EFICACIA PROCESAL

La tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial. Se ha dicho que la eficacia procesal comprende la operación aritmética de la sentencia ejecutoriada más la ejecución. La ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Se plantea como vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en una de sus manifestaciones, la del derecho a que se respeten y ejecuten las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. Tal hipotética posibilidad de alterar los términos de las resoluciones a ejecutar ocasionaría una gravísima inseguridad jurídica. Conforme lo antes expuesto, el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en este sentido señala que: *“No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil, penal que la ley determine en cada caso...”* normatividad que guarda conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 139º de la Constitución Política.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional español deja establecido que la inmodificabilidad de las resoluciones firmes de los Tribunales constituye un valor jurídico consustancial a una tutela judicial efectiva, que no ha de verse como un mero aspecto formal y accesorio del derecho fundamental garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución²²¹. Añade el Tribunal Constitucional Español que ese derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo²²².

²²¹ Ver STC 119/88, citada por Carlos Ciment Durán, Tribunal Constitucional, Doctrina en materia civil y penal, Valencia, Editorial General de Derecho, S.L., 1994, p. 524.

²²² Ver STC 153/92, citada por Carlos Ciment Durán, Ob. Cit., p. 529.

El Tribunal Constitucional peruano siguiendo la doctrina y jurisprudencia constitucional española, señala que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales –entendido como una de las dimensiones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva–, garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de una sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido (STC Exp. N° 00607-2009-PA/TC de fecha 15 de marzo de 2010, Fundamento Jurídico 45).

El Tribunal Constitucional mediante Sentencia de fecha 30 de enero de 1997 al resolver la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por treinta señores Congresistas contra la Ley No. 26599, que modifica el Artículo 648, inciso 1) del Código Procesal Civil en su parte considerativa sostiene:

...De continuar vigente la Ley, en cuanto se refiere al inciso primero, daría lugar a que no exista una seguridad jurídica ya que en vano sería accionar contra el Estado, que de ser vencido no se le podría ejecutar la sentencia por existir esta protección a su favor, esto daría lugar para pensar o creer, con fundamento, que la persona que entable demanda al Estado no tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva; y no habría una igualdad de condiciones, y se presentaría una credibilidad dudosa para el cumplimiento de las sentencias.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en los expedientes acumulados N° 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TCF²²³, ha señalado (Fundamento Jurídico 8 al 11):

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139°, cuando se menciona que “ninguna

²²³ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 1 de febrero del 2004.

autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución.

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso “intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad” [STC Exp. N°. 010-2002-AI/TC].

Precisamente, la necesidad de entender que el derecho a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad, se desprende tanto del artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con el primero, *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”*. Conforme al segundo, *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”*.

Como el Tribunal Constitucional ha recordado, tal derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo esencialmente está referido a los procesos constitucionales de la libertad. Sin embargo, de ello no debe inferirse que tales exigencias (sencillez, brevedad y efectividad) se prediquen sólo en esta clase de procesos. Dado que en ambos instrumentos internacionales se hace referencia a los derechos

reconocidos en la “ley”, tales características deben considerarse extensivas también a los denominados procesos judiciales ordinarios.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc).

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

Como lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Arret “Hornsby c/ Grecia”, sentencia del 13 de marzo de 1997, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías judiciales, pues “sería ilusorio” que “*el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes...*”.

22. LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA IMPUGNADA COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y SUS PRESUPUESTOS.

La institución la cosa juzgada, si bien garantiza que lo decidido en última instancia se cumpla en sus propios términos, no llega a erigirse como un requisito de inexorable cumplimiento para la ejecución de las sentencias judiciales, cuando de por medio se encuentra la defensa oportuna de los derechos fundamentales. En dichos casos, por tanto, la sentencia de condena recurrida debe ser entendida como un auténtico título de ejecución²²⁴.

El profesor JUAN MONROY GÁLVEZ explica que la actuación de la sentencia

²²⁴ Moreno Catena, Víctor: La ejecución forzosa, Palestra, Lima, 2009, pp. 139-140.

impugnada se parece mucho a la medida cautelar, permite cambios en una situación jurídica sin contar con sentencia firme. La tutela no solo debe ser específica, sino oportuna y útil. La diferencia entre ambas radica en que la medida cautelar en su esencia es provisoria, en cambio la actuación de la sentencia impugnada se actúa como si fuera definitiva, causa perjuicio de todas maneras a quien la soporta por eso se pide una garantía, salvo tratándose de un proceso constitucional.

La actuación anticipada no es una ejecución provisional sino se actúa como si fuera definitiva (contenido de la ejecución). Es una técnica de aceleración, como lo es el instituto del juzgamiento anticipado del proceso.

A opinión de MONROY GÁLVEZ el artículo 22° del Código Procesal Constitucional no se ha legislado con el detalle requerido, faltó elaborar el diseño de cómo hacerlo. De allí que se requiera de la función creadora del Juez nacional.

El antecedente en el derecho comparado lo encontramos en Italia, desde la reforma de 1991, en Sudamérica: Brasil (que regula al amparo con la figura “mandato de seguridad”), Uruguay, Bolivia, Venezuela, Colombia (artículo 86 de la Constitución) y Ecuador.

La regla de la actuación inmediata regulada por el artículo 22° del Código Procesal Constitucional no estaba prevista en la legislación anterior, y cuyo antecedente en la legislación nacional lo podemos encontrar en la “ejecución anticipada en los procesos de alimentos”.

El defecto serio es que se establece: *“La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata”*; no se dice “puede ser de actuación inmediata”, la misma que se podrá entender en una interpretación del derecho comparado, por ello exige una reforma de acuerdo a reglas creadas por los jueces de primer grado. En estricto no se trata de un caso de vacío o defecto a que se refiere la aplicación supletoria e integración establecida por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Se podrá seguir el criterio de la irreparabilidad - daño irreparable

(excepciones fundamentadas), la opción “a pedido de parte” (aspectos procesales). Debió también en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional haberse regulado el límite de irreversibilidad que se encuentra previsto en el artículo 15° referido a las medidas cautelares.

Por ejemplo, en un proceso de hábeas data cuya información haya sido negada por “seguridad nacional” no podría ser materia de actuación inmediata, en cambio en un proceso de amparo tendría que ser de actuación inmediata la entrega de antiretrovirales VIH/SIDA.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional estima que la actuación inmediata de la sentencia estimatoria constituye una institución procesal de suma importancia y utilidad para la efectiva concreción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como quiera que ella se dirige a conjurar daños irreparables, a evitar el abuso procesal de la institución de la apelación. Pasando a abordar el diseño de sus presupuestos en la STC N° 00607-2009-PA/TC de fecha 15 de marzo de 2010:

...4.5. Presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias.

63. Por ende, para la aplicación de la figura de la actuación inmediata de sentencia estimatoria de primer grado, el juez debe observar algunos principios y reglas procesales, como los que se mencionan a continuación: (...)

v. Alcance: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses (...)

viii. Presupuestos procesales:

1. No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.

2. Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

3. No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad (...).

En el diseño del Código Procesal Constitucional, conjuntamente a la regla de actuación inmediata encontramos la “regla de la sentencia firme”; *La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda* (artículo 22° primer párrafo del Código Procesal Constitucional); en el proceso de amparo se señala: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22° del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada”* (artículo 59° del Código Procesal Constitucional); en el proceso de cumplimiento se señala: *“La sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido, será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 22° del presente Código”* (artículo 73° del Código Procesal Constitucional).

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios por incumplimiento se

establece las medidas coercitivas de destitución y multa, se eliminó la prisión civil. El Tribunal Constitucional ha creado un tipo penal de “desacato” a sus resoluciones. La destitución debe ser una situación extrema donde no haya una voluntad de respeto al Estado de Derecho, por tanto debe comprender a CASOS EXCEPCIONALES debidamente fundamentados- motivados, por ejemplo, derecho a la salud, no dar información, no poner en libertad a una persona, etc. De allí que me permito proponer el texto agregado al referido artículo: *La medida coercitiva de destitución procederá únicamente en casos excepcionales que afecten gravemente el Estado de Derecho, derechos fundamentales de la persona, debidamente motivados por el Juez.* Ello para evitar que se pueda fácilmente ordenar la destitución de una autoridad elegida por votación popular, cuyo mecanismo normal sería el Jurado Nacional de Elecciones vía procedimiento de vacancia.

23. LA EXISTENCIA DE DOS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS: ¿CUÁL DEBE PREVALEECER?

La existencia de dos sentencias contradictorias en un mismo asunto puede ser corregida, actualmente, a través del proceso constitucional de amparo en la variante del amparo contra resoluciones judiciales, con fundamento en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Según expone el profesor español DAVID VALLESPÍN PÉREZ en su ponencia titulada “Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso civil”, presentada en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizadas en Lima en el 2008:

...Ante el carácter subsidiario de la demanda de amparo constitucional y la dilación propia de su resolución, me parece más razonable abogar por la introducción en la Ley de Enjuiciamientos Civil de un nuevo motivo de revisión de la sentencia firme, con el objetivo de ofrecer una respuesta eficaz a aquellos supuestos –dos sentencias contradictorias en un mismo asunto- en los que sea posible apreciar una clara ‘ofensa a la cosa juzgada’. Sin duda, para alcanzar una paz social más justa

*resulta oportuno defender, frente a las tradicionales concesiones que la justicia debe hacer a la certeza del derecho, un predominio, como ha señalando Hitters, de las exigencias de justicia del caso concreto*²²⁵.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se vulnera por los pronunciamientos contradictorios del Poder Judicial (Expediente N° 04498-2008-PA/TC-Lima de fecha 19 de octubre del 2009, al señalar:

*...Este Colegiado ha sostenido en innumerables oportunidades que el rechazo liminar o de plano de una demanda no solo se condiciona a la existencia a la existencia de una o varias causales de improcedencia sino a que estas se presenten de manera evidente o manifiesta, requiriéndose adicionalmente de una adecuada motivación que sustente la consabida decisión, tal como lo señala el artículo 47 del Código Procesal Constitucional. En el presente caso este Colegiado considera que el tema planteado en la demanda y relacionado con un comportamiento contradictorio del Poder Judicial tiene relevancia directa con el derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste a cualquier justiciable, no siendo aceptable el argumento expuesto en sede judicial, pues si bien las razones que sustentan una decisión judicial este Colegiado no los analiza desde la perspectiva del derecho ordinario, si meritúa el raciocinio de los jueces en tanto resulte constitutivo de una vulneración directa a un derecho fundamental.*²²⁶

Por otro lado, la intromisión del Tribunal Constitucional en procesos judiciales en trámite en el Poder Judicial es criticable, como es el caso de la Universidad Católica con el Arzobispado de Lima (Expediente N° 03347-2009-PA/TC de fecha 17 de marzo de 2010), donde el voto de la mayoría del Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento sobre la interpretación de las disposiciones

²²⁵ Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, 2008, p. 93.

²²⁶ Fundamento 5, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 13/11/2009; asimismo, en la Revista Gaceta Constitucional. Lima, Gaceta Jurídica, N° 24, diciembre 2009, páginas 382-384.

testamentarias de José de la Riva Agüero y Osma en beneficio de la Universidad Católica del Perú de 1933 y de 1938, siendo que en el último de ellos el testador instituye la creación de la Junta Administradora, con el fin de administrar la propiedad heredada, al igual que ocuparse de ciertas mandas y encargos religiosos; habiéndose extralimitado en sus funciones al declarar ineficaz la decisión de la Junta de 1994; nadie solicitó ello. Se ha incurrido en una flagrante ultra petita²²⁷.

Otro caso emblemático de intromisión del Tribunal Constitucional en procesos judiciales ha sido la exclusión del proceso penal por vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable (Caso Walter Chacón Málaga, Expediente N° 3509-PHC/TC-Lima de fecha 19 de octubre de 2009). Si bien como lo ha señalado en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable ha sido reconocido como un contenido implícito del debido proceso, mientras que explícitamente ha sido amparado en diversos documentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 9° y 14°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7° y 8°), en los planos universal y regional, respectivamente. Lo que hubiere correspondido es que la Sala del Tribunal Constitucional integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beumont Callirgos y Eto Cruz ordene al Poder Judicial que el proceso continúe tramitándose con celeridad y que se emita sentencia a la brevedad (acto restitutivo comisivo). Con la respuesta de anular las actuaciones procesal-penales llevadas a cabo como el auto apertorio de instrucción, ha decidido sobre categorías penales que no estaban dentro de su competencia. No se analizaron las consecuencias jurídicas que trae consigo la exclusión del proceso penal para la jurisprudencia constitucional, la misma que es contradictoria con la posición que antes sostuvieron los mismos magistrados (ver análisis del caso elaborado por Mariene Román López y Hugo Torres Armas. *El derecho al plazo razonable y las consecuencias de su inobservancia. Análisis del*

²²⁷ Juan Espinoza Espinoza. La inadmisibile intromisión del Tribunal Constitucional en materia de interpretación testamentaria (...o la historia de una ineficacia jamás pedida). En. Actualidad Jurídica. Lima, Gaceta Jurídica, N° 199, junio 2010, pp. 54 y 57.

*caso Chacón a la luz de la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos.*²²⁸.

Se trata de responder a las interrogantes, ¿qué sucede cuando existen resoluciones provenientes de procesos distintos cuyo contenido es contradictorio?, ¿qué debe hacerse cuando exigen el cumplimiento de mandatos distintos que colisionan contra lo declarado en otras resoluciones? Sin duda estaríamos ante un caso difícil, donde habría la posibilidad de realizar distintos enfoques: primero, la opción de la dogmática jurídica desde el derecho vigente, segundo, la opción de la filosofía del derecho desde una apreciación ética (escala de valores), y, tercero, la opción de la sociología del derecho desde un perfil sociológico dando respuesta atendiendo a las consecuencias sociales de una decisión jurídica. En el Perú hemos desarrollado solo la dogmática jurídica.

Respondiendo a las preguntas planteadas en este tema, sostenemos que debemos aplicar los criterios de interpretación y los principios constitucionales, el test de proporcionalidad en relación a la seguridad jurídica y la ponderación de sus efectos. Podría ocurrir que el demandado en un proceso de desalojo por causal específica de ocupación precaria, sea declarado luego en un proceso de conocimiento propietario del inmueble materia de desalojo, lo que llevaría a un contrasentido la orden de ejecución de lanzamiento en el desalojo a quien el órgano jurisdiccional ha declarado propietario del inmueble. En otro caso, podría ocurrir que quien es declarado propietario en un proceso de declaración de propiedad, mal llamado mejor derecho a la propiedad, luego en otro proceso se declare la nulidad del acto jurídico del título de propiedad de quien fue favorecido por la declaración de propiedad.

Como cuestión previa, debe señalarse que de los criterios de interpretación, contemporáneamente se asume un **criterio legal racional** en el cual los conflictos deben resolverse considerando las normas del derecho vigente y válido para dar la solución más racional y razonable posible. La actividad judicial es

²²⁸ En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, N° 137, febrero 2010, p. 106.

esencialmente justificatoria. Siendo los otros criterios que pueden orientarnos en la interpretación, el criterio formalista en el cual la ley debe ser aplicada tal y como está escrita, lo que se llama paleo positivismo, y el criterio de justicia natural en el cual los conflictos deben ser resueltos justamente, acatando o no las normas del derecho vigente.

La **seguridad jurídica** forma parte consubstancial del Estado Constitucional del Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (STC N° 00016-2002-AI, FJ. 3). No solo se erige como principio, trasciende tal esfera cuando se protege en la impartición de justicia la erige en el bien jurídico hacia el cual todo proceso debe dirigirse. La seguridad jurídica, es entendida desde su plena eficacia sustentada en su adecuación a las formalidades procesales esenciales y a las consecuencias que su ejecución traerá en la realidad²²⁹.

Resulta importante incidir sobre la aplicación del derecho: no sólo la norma jurídica debe ser formulada de manera clara, accesible y previsible, sino que previsible también debe ser el resultado del litigio, sin que cause extrañeza en el medio social donde debe actuar. Las soluciones exóticas, con claro desprecio por el sistema, además de causar sorpresa, deslegitiman al Poder Judicial ante la sociedad civil²³⁰. Una de las consecuencias más importantes del principio de seguridad jurídica respecto de los actos jurisdiccionales es la **inalterabilidad de la cosa juzgada**. Otro aspecto del principio de seguridad jurídica, en el plano del derecho procesal, son las técnicas para alcanzar una uniformidad en la aplicación del derecho, con miras a respetar al derecho objetivo entendido como un todo, materia de concierne a los fines políticos del proceso²³¹.

²²⁹ Francisco Alberto Gómez Sánchez Torrealva. Resoluciones contradictorias ¿Cuál debe primar?. En: Revista "Actualidad Jurídica" N° 167. Lima, Gaceta Jurídica, octubre 2007, p. 73.

²³⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo) Lima, Palestra Editores, 2007, Biblioteca de Derecho Procesal N° 7, p. 144.

²³¹ Ob. Cit., p. 146.

La cosa juzgada material consiste en la inmutabilidad del mandato sentencial. Explica el profesor JUAN MONROY GÁLVEZ que la autoridad de la cosa juzgada es una institución de política judicial más que procesal, en tanto la decisión que ostenta alcanza a todos. Un Juez es el funcionario público más importante de un Estado democrático porque su producto aspira a ser definitivo como no lo es ninguno²³².

La Sentencia N° 006-2006-PC/TC (Caso MINCETUR contra el PJ), señala Monroy Gálvez, contiene un mensaje que, si no lo queremos oír, puede determinar que en breve plazo la actividad judicial se convierta en una mera función administrativa, sin trascendencia, y sobre todo, que se pierda el reconocimiento social y político de su inmutabilidad. Por nuestra parte, diremos que el objeto del proceso competencial se dirige a actos administrativos pero no a actos jurisdiccionales, por tanto debería discutirse una invasión de competencias o atribuciones. La resolución comentada dice que una sentencia tendrá cosa juzgada cuando, además, respete las interpretaciones y los precedentes vinculantes del TC porque ambos...*constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos constitucionales*. Toda sentencia de un órgano judicial peruano es, de ahora en más es capitis diminutio. La única que importa es la cosa juzgada constitucional, o sea, la que otorga el TC.

NICOLÁS DE LA FLOR PUCCINELLI señala que:

...El Tribunal Constitucional al desarrollar el concepto de cosa juzgada "constitucional" está dejando al proceso sin su rasgo esencial como instrumento de tutela de los derechos: la efectividad...El concepto de cosa juzgada constitucional es contrario a los principios constitucionales de defensa de los derechos de las personas. Con ella, la cosa juzgada "judicial" no tendrá valor alguno en la realidad y el proceso ya no será la herramienta jurídica eficaz a favor de las

²³² Diapositivas de la exposición: "Relaciones del Poder Judicial con el Tribunal Constitucional" ante el II Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial realizado en la Ciudad de Arequipa en el 2008; archivo personal.

*personas*²³³.

La teoría de la proporcionalidad trata de la intensidad de intervenciones en derechos fundamentales desde el punto de vista de la Constitución. La teoría de la proporcionalidad, a decir de ROBERT ALEXI, no es otra cosa más que una teoría racional de los argumentos morales, y en eso precisamente radica la importancia de su teoría de los derechos fundamentales. Distinta en la posición de RONALD DWORKIN y sus discípulos que critican que el error de la teoría de los principios es que considera que la ponderación solo trata de derechos y valoraciones morales. La aplicación del principio de proporcionalidad depende necesariamente de valoraciones morales, debiendo tenerse presente que las preguntas morales plantean siempre tensiones.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas; este es el campo de la ponderación que se presenta cuando están en juego las reglas de desarrollo de los principios, o cuando se tienen dos principios en sentido contrario. El principio de proporcionalidad, por lo tanto, se divide en los subprincipios de idoneidad o de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como lo ha venido desarrollando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC N° 00048-2004-AI, FJ. 65).

Algunos autores sin embargo, advierten que se trata de una creación filosófica que se enmarca claramente dentro de una postura teórica sobre la concepción del Derecho, la misma que se adopta como verdad dogmática en nuestras sentencias, un criterio filosófico que no está inmune a las críticas. La ponderación puede convertirse en arbitrariedad, cuando presenciamos puro decisionismo judicial. En sede nacional, el profesor GÜNTHER GONZALES BARRÓN señala:

...Estamos ante un problema que no solo tiene una perspectiva teórica, sino además una importancia práctica indiscutible, pues permite

²³³ La cosa juzgada (no tan) constitucional. En: Revista Gaceta Constitucional N° 33, Lima, Gaceta Jurídica, setiembre 2010, pp. 368 y 369.

determinar si las decisiones de los tribunales atentan contra la seguridad jurídica en vista de su cada vez mayor activismo, el cual carece de límites o restricciones debido a las ideas subyacentes al principio de proporcionalidad, por lo que se alienta las soluciones meramente discrecionales, sin que existan criterios o reglas claras. Las normas ignotas o desconocidas ¿cumplen los fines para los que fue creado el Derecho? La respuesta, creemos, es negativa.

Una de las funciones irremplazables del Derecho, y por el cual la moral salió de circulación como orden coactivo de la sociedad, fue la seguridad que proporciona a los ciudadanos conocer, con relativa certeza, y de forma anticipada, cuáles son las consecuencias de sus actos. Sin ello, un ordenamiento jurídico se va al traste de la basura; así de simple. Pareciera que ese efecto no interesa en el caso de las corrientes exageradas de la argumentación²³⁴.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la **razonabilidad** es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias (Expediente N° 0006-2003-AI/TC).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC de fecha 11 de octubre de 2004, al desarrollar la motivación de las decisiones administrativas que imponen sanciones, explica el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su

²³⁴ ¿Puede criticarse a Alexy?. En: Revista Gaceta Constitucional N° 32, Lima, Gaceta Jurídica, agosto 2010, p. 317.

artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

...Por tanto, una decisión razonable en estos casos supone, cuando menos:

- a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.*
- b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso.*
- c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida*

adoptada sea la mas idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso. (Fundamentos Jurídicos 15, 16, 17 y 20).

El empleo de la técnica de la ponderación o “balance” se analiza como la manera de solucionar los conflictos entre principios constitucionales, derechos fundamentales. La ponderación, señala Riccardo Guastini, consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto. El principio que tiene “mayor valor” prevalece sobre el otro: éste es aplicado, mientras el otro es acantonado. El principio que sucumbe, si bien acantonado, no aplicado, no es declarado nulo, abrogado o inválido. Una jerarquía móvil es una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida –y que a menudo es revertida- en un caso concreto diverso. El juez se limita a valorar la “justicia” de la consecuencia de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto²³⁵.

24. FORMAS DE TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS Y LOS TIPOS DE SENTENCIA

En la doctrina procesal se reconoce tres formas procesales netamente distintas por sus presupuestos y funciones:

- A. LA TUTELA DE COGNICION O CONOCIMIENTO.- La tutela de cognición se articula en un proceso de cognición o de conocimiento que tiende a establecer cuál sea la situación jurídica entre las partes litigantes, vale decir este tipo de proceso lleva al juez a conocer una controversia entre sujetos y a resolverla mediante una resolución (normalmente una sentencia) de fondo imperativa e inmutable a la cual se le atribuye la denominada cosa juzgada.

Respecto al tema de los efectos o tipos de sentencia existe una discusión

²³⁵ En: Ponderación: Un análisis de conflictos entre principios constitucionales. Palestra del Tribunal Constitucional, Lima, Año 2, N° 8, agosto 2007, pp. 636 y 637.

doctrinal, es por ello que un sector de la doctrina nacional sostenga que no se pueda regular en el Código Procesal Civil. Otro sector sostiene que a diferencia de otros Códigos modernos no se ha consagrado con claridad los tres tipos de sentencias (que corresponden a igual tipo de pretensiones): meramente declarativas, constitutivas y de condena.

Por nuestra parte, establecemos sus alcances:

- ▶ Sentencias meramente declarativas: tiene por objeto ratificar una situación dada en la demanda; la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una determinada relación jurídica, esto es, dar claridad a una situación incierta o dudosa.
- ▶ Sentencias constitutivas: Tiene por objeto crear una nueva situación jurídica, modificar o extinguir una relación jurídica preexistente; buscan crear o alterar (cambiar, modificar, extinguir) la relación jurídica preexistente.
- ▶ Sentencias de condena: Tiene por objeto ordenar al demandado a cumplir una prestación debida (un dar, un hacer) o abstenerse de realizar una conducta (un no hacer). Lo que se busca es que declare e imponga el deber de prestación.

En las pretensiones meramente declarativas el demandante podrá afirmar que su derecho está siendo desconocido o amenazado, y es por ello por lo que tradicionalmente el interés se ha referido de modo especial a este tipo de pretensiones, en las que es común en la doctrina y en la jurisprudencia de todos los países señalar que, además de la afirmación del derecho subjetivo, el demandante precisa alegar la concurrencia de un interés específico.

Las pretensiones constitutivas son aquellas cuyo objeto es obtener una declaración que crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica. Para el maestro JUAN MONTERO AROCA, las pretensiones constitutivas están dirigidas a obtener un cambio sobre la situación existente, deben

distinguirse dos supuestos. Unas veces la pretensión se dirige a obtener un cambio que las partes podrían haber logrado en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, de modo que si se acude a un órgano jurisdiccional es porque una de las partes en la relación jurídico-material se ha negado a propiciar esa modificación. La legitimidad provendrá de la afirmación de un derecho y de que éste no ha sido reconocido extrajudicialmente por el demandado, por ejemplo, las pretensiones de anulabilidad. Por el contrario, en las pretensiones constitutivas basadas en que el cambio no puede lograrse por la autonomía de la voluntad de los particulares, sino que la intervención del órgano jurisdiccional es exigida por la ley, la situación es muy diferente. En estos casos, lo que suele ocurrir es que es la ley la que expresamente determina quienes son los legitimados para pedir la modificación de la situación.

En las pretensiones declarativas de condena se busca obtener una declaración que condene al demandado al cumplimiento de una determinada prestación: un dar, un hacer, un no hacer. Lo que se busca es una sentencia que declare e imponga el deber de prestación.

El profesor JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS, tomando las lecciones de ANDREA PROTO PISANI al desarrollar el tema *“La tutela sommaria”* (En: *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982), señala que los procesos judiciales conocidos hasta inicios del siglo XX tuvieron como requisito para otorgar la prestación jurisdiccional y para la obtención de la decisión de la autoridad de cosa juzgada, **la formación de una cognición plena por parte del juzgador respecto de la materia controvertida**. Permanecía entre los procesalistas una muy arraigada convicción según la cual no podía existir satisfacción material sin una sentencia firme (*nulla executio sine título*). En la actualidad dicha situación ha cambiado, pues se ha observado que no siempre una tutela jurisdiccional efectiva debe tener una etapa cognoscitiva que necesariamente deba conducir al juzgador hacia la certeza. Esto, que en principio fue una garantía del debido proceso –y hoy lo sigue siendo-, se encuentra en permanente revisión. Agrega el mismo autor:

*...El agotamiento de la cognición como garantía de una tutela jurisdiccional efectiva, sigue ocupando un lugar importante en la teoría general del proceso, pero ha tenido que ceder espacio a otro tipo de cognición destinado a situaciones de urgencia, donde no resulta adecuado someter a un sujeto a las formalidades de un proceso convencional para satisfacer su derecho, debido a que éste se encuentra bajo amenaza de tornarse irreparable. Así es como aparece la cognición sumaria, por oposición a la tradicional cognición plena. Mientras que la primera supone un juicio de probabilidad, la segunda implica uno de certeza...*²³⁶.

Gran parte de la doctrina contemporánea le ha atribuido a cada tipo de cognición una clase de tutela; así la cognición plena es la que se efectúa bajo el tradicional formato de los procesos judiciales: tutela ordinaria (a través del proceso de conocimiento). Por otro lado, la cognición sumaria es la realizada en los procesos especiales donde no es necesario llegar a la certeza para obtener una orden judicial que solucione el conflicto. Se trataría de una tutela revolucionaria que se aleja de los lineamientos históricos aceptados por la ciencia procesal y que se expresa, sin excluir otras formas, en la denominada tutela diferenciada que a su vez comprende: a. Tutela preventiva; y, b. Tutela de urgencia.

A diferencia de lo que ocurre en la llamada cognición sumaria formal, cuando optamos por restringir la cognición de determinados conflictos surgidos del derecho material, la alteración de la estructura procedimental resulta prácticamente una necesidad, como ocurre en el llamado proceso sumarísimo previsto en nuestro Código Procesal Civil cuyo esquema o íter procesal es concentrado y acelerado, atendiendo conflictos de urgente tutela.

La paradoja consiste en que la “sofisticada” pretensión de que los procesos se resuelvan con cognición plena se generalizó en la mayor parte de los sistemas procesales que, como nosotros, forman parte de la tradición romano-

²³⁶ Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima, Comunidad, 2002, p.119 (Tesis para optar el título de Abogado en la Facultad de Derecho de la PUCP).

germánica. Muchos de nuestros reclamos actuales sobre una justicia rápida se encuentran en la formación de aquel mito²³⁷.

El maestro JUAN MONROY GÁLVEZ nos dice:

La intervención del juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, depende de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al juez y a las partes, sea en lo que se refiere a facultades o a plazos. Precisamente esta variación determina la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento. A los más amplios se les suele denominar plenos o de conocimiento propiamente dichos, los intermedios –en donde la capacidad y tiempo se ha reducido- reciben el nombre de plenarios rápidos o abreviados, y finalmente aquellos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de plenarios rapidísimos o sumarísimos²³⁸.

- B. LA TUTELA EJECUTIVA.- Es aquella que tiene por objeto que el titular de un derecho cuya existencia ha sido declarada en un proceso de cognición o es considerada cierta por la ley, obtenga en la actividad del órgano jurisdiccional su concreta satisfacción.

Las pretensiones de ejecución o ejecutivas tienen una finalidad distinta a las pretensiones de cognición: lo que se busca no es una resolución que ponga fin al conflicto de intereses o a la incertidumbre, sino una concreta actividad del órgano jurisdiccional que satisfaga materialmente el interés de quien ya tiene un derecho cierto [porque ya ha sido declarado por sentencia u acto equiparado a ella (así una conciliación, una transacción o un laudo arbitral) o porque la ley lo considera cierto (casos de los títulos ejecutivos)]. Constituye el punto de cierre de la tutela jurisdiccional: la tutela plena, concreta, definitiva.

²³⁷ PROTO PISANI, Andrea. La tutela Somalia. Note de jure conditio e de jure condendo. En: Appunti sulla giustizia civile. Bari: Cacucci, 1982, p. 315.

²³⁸ Introducción al Proceso Civil, Santa Fe de Bogotá –Colombia, 1996, Tomo I, p. 138.

El proceso de ejecución se regula por dos principios rectores: el primero “*No hay ejecución sin título ejecutivo (nulla executio sine titulo)*”, y el segundo “*No hay título ejecutivo sin ley (nullum titulo sine lege)*”, esto es, sólo la ley puede crear títulos ejecutivos.

- C. LA TUTELA CAUTELAR.- Tiene por finalidad inmediata asegurar la eficacia práctica del proceso (de cognición o de ejecución) en el que en definitiva actuarán el derecho, es por ello exacta la expresión de PIERO CALAMANDREI cuando señala que el procedimiento cautelar no es sino “*instrumento del instrumento*”.

El procedimiento cautelar busca adelantar un posible resultado con cargo a confirmarlo en la sentencia o resolución final; adecuado al tipo de pretensión procesal que se discute en el proceso principal. Adelantamiento para que el tiempo no haga sucumbir el proceso.

Las pretensiones cautelares buscan obtener del órgano jurisdiccional una concreta medida que no haga ilusoria la tutela definitiva, sino que asegure su eficacia cuando llegue el momento de actuar la tutela de fondo.

25. LA TUTELA CAUTELAR

Se elige desarrollar esta forma de tutela específicamente como manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva debido a que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la decisión definitiva. Para lograr la efectividad de la tutela judicial que garantiza el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política es necesario contar con un afinado y eficiente sistema de tutela cautelar. El procedimiento cautelar es la figura más dinámica del proceso. En estricto no es un proceso sino un procedimiento porque no trata de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica. El proceso es un instrumento para conseguir tutela respecto del derecho material, la tutela cautelar es el instrumento que permite ser eficaz al instrumento que produce la tutela material. La instrumentalidad implica que la tutela cautelar nunca es un fin en sí misma, sino que constituye un instrumento al servicio del

proceso de fondo, cuya efectividad práctica tiende asegurar.

El procedimiento cautelar representa una serie de actos procesales, dirigidos a la obtención, ejecución, mantenimiento, regulación, modificación y cancelación de alguna medida cautelar.

- a. La tutela cautelar como derecho fundamental, finalidad y objeto de la medida cautelar. La medida cautelar es un contenido básico o componente esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. No hay sector que no este cubierto con la tutela cautelar. Como es sabido, la mejor manera de asegurar la eficacia de la decisión judicial definitiva y, asimismo, evitar que la duración del proceso afecte a quien al final de ella presuntamente tendrá la razón, es a través de la tutela cautelar. La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración (o por la duración) del proceso-instrumento de tutela.

El objeto de la medida cautelar es asegurar que el tiempo del proceso no aumente el agravio o lo haga devenir en irreparable.

El artículo 608° del Código Procesal Civil, establece que todo Juez puede dictar la medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; lo cual debe entenderse “asegurar la efectividad”. Con dicha norma resulta evidente que el Juez no puede dictar cualquier medida cautelar sino sólo aquella que asegure la eficacia de la decisión definitiva.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la tutela cautelar se constituye en una manifestación implícita del derecho a la tutela jurisdiccional ‘efectiva’. No existiría tutela jurisdiccional, ni Estado social y democrático de derecho, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resultase de imposible cumplimiento la decisión que ésta adopte (STC 02730-2006-AA, Fundamento Jurídico 85).

- b. Características de la medida cautelar. Las características expresamente

establecidas por el Código Procesal Civil en su artículo 612° son que ella es provisoria, instrumental y variable. La instrumentalidad cualificada significa que la medida cautelar es un medio predispuesto para el mayor éxito de la providencia definitiva, que a su vez, es un medio para la actuación del derecho, a decir del maestro PIERO CALAMANDREI, instrumento del instrumento. El concepto de provisorio es aquello que está destinado a durar hasta que no ocurra un hecho sucesivo y esperado. La provisoriedad de la medida cautelar (corolario de la instrumentalidad) deja claro que su permanencia y duración dependen de la suerte del proceso principal. La característica de variable establece que toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a la forma, monto y bienes. Pendiente el proceso al que sirve, la medida podrá ser variada o modificada, a fin de “adaptarse” a las nuevas necesidades. Señala el profesor ROLANDO MARTEL CHANG: “

*Las medidas cautelares pueden, entonces, no sólo ser modificadas, sino también suprimidas, según el principio rebus sic stantibus, lo que ocurre cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su obtención o concesión. De esta manera si el beneficiario de la medida cautelar no logra a través del proceso principal acreditar su derecho, es obvio que la medida puede ser suprimida y desaparecer; al contrario, si logra demostrar ese derecho, podría obtener incluso medidas cautelares adicionales que aseguren mejor ese derecho*²³⁹.

- c. Presupuestos del pedido cautelar. El derecho fundamental a la tutela cautelar no es un derecho ilimitado, sino que tiene algunos presupuestos que deben presentarse necesariamente para que la medida cautelar solicitada sea concedida. Se identifican los tres presupuestos para la concesión de la medida (verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y adecuación).

La verosimilitud de fundabilidad de la pretensión o apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora y la razonabilidad son presupuestos o

²³⁹ Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil, Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 76 y 77.

requisitos de admisión de la medida cautelar contenidos en el artículo 611° del Código Procesal Civil modificado por el Decreto Legislativo N° 1069 y la Ley N° 29384 (“Modificaciones parche”). La verosimilitud del derecho invocado significa que el Juez debe realizar un *cálculo o juicio de probabilidad* que le permita persuadirse que el derecho cuya cautela se pide exista, no se exige al juez un juicio de certeza, pues éste es exigible al momento de sentenciar. La verosimilitud del derecho es grado o medida de posibilidad, es decir, algo que es pero que aún no conocemos que así sea, pero que puede ser. El peligro en la demora asegura que la medida cautelar sea correctamente utilizada, parte de la constatación de la realidad que el tiempo que toma el proceso se convierte en la mayor amenaza a su efectividad, y constituye no sólo un presupuesto cuya presencia es necesaria para dictar una medida cautelar, sino que además es la justificación de su propia existencia. La irreparabilidad del daño acentúa el peligro en la demora. Para ANDREA PROTO PISANI, la irreparabilidad del perjuicio no es un componente de todo peligro en la demora que justifique el dictado de una medida cautelar, sino el elemento que determina en qué casos su no previsión genera una infracción constitucional²⁴⁰. Existe además otro presupuesto o requisito que no se encontraba enunciado expresamente en el texto original del Código la adecuación, que es la correspondencia lógica y material entre lo que se pide en el proceso principal y el pedido cautelar; sin embargo la norma del artículo 611° primer párrafo del Código Procesal Civil pone de manifiesto la necesaria evaluación del presupuesto de la adecuación cuando se establece que el Juez dictará medida cautelar “*atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal*”. La adecuación a su vez puede ser: cualitativo o adecuación por congruencia, cuando existe identidad lógica jurídica entre el pedido principal y el pedido cautelar; y cuantitativo o proporcionalidad, cuando hay una proporcionalidad entre éstas relaciones.

²⁴⁰ Apunti sulla tutela cautelare nel processo civile”, en Revista di diritto civile, 1987, Parte I, p. 122, citado por Giovanni F. Priori Posada en “La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental. Lima, Ara Editores, 2006, p. 48.

Con la modificatoria dispuesta por la Ley N° 29384 de fecha 27 de junio del 2009 se regula como presupuesto del pedido cautelar: “*la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión*” que importa hablar del principio de adecuación, que constituye una ampliación del principio de congruencia al tema cautelar. Se omite la regulación del **principio de mínima injerencia**, el mismo que consiste en elegir lo que cause menor agravio, en los casos de existir más de una medida cautelar atendible al caso concreto. Se debe dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada. Es una omisión asimismo en el Código Procesal Constitucional.

El artículo 615° del Código Procesal Civil establece el caso especial de procedencia del pedido cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610°.

Un importante esquema de reforma procesal ha sido la incorporación dispuesta por la Ley N° 29384 de fecha 27 de junio del 2009 del **incidente de oposición a la medida cautelar**, estableciéndose en el artículo 637° segundo y tercer párrafo del Código Procesal Civil, la posibilidad de revocación de la medida cautelar por insubsistencia de los “presupuestos” del pedido cautelar:

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.

El dictamen de la Comisión de Justicia al Proyecto N° 3079/2008-CR (p. 8) justifica la introducción de la oposición señalando:

Otra modificación importante de la propuesta consiste en variar el régimen de impugnación a efectos de que esta se convierta realmente en un recurso capaz de corregir los errores de juicio o de actividad cometidos por el juez, ya que con la regulación actual, el recurso de apelación contra la resolución que admite la medida cautelar no cumple en la mayoría de los casos una función revisora.

Por ello, la propuesta plantea que en el caso que la medida cautelar se haya dictado sin conocimiento de la parte afectada, esta podrá formular oposición dentro del plazo de cinco días contados desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, esta oposición no suspendería la ejecución de la medida y la resolución que la resuelva sería apelable sin efecto suspensivo.

Con ello se ha modificado la regulación, en el sentido que el afectado tenga necesariamente que ser notificado para “recién” poder apersonarse y (ahora) oponerse ante el juez de la cautela. La oposición fundada determina que el juez deje sin efecto la medida cautelar. Al haberse concedido la apelación sin efecto suspensivo se ejecuta la resolución que declara fundada la oposición, luego, si esta es anulada debe emitirse nueva decisión.

La figura de la “oposición a la medida cautelar” es un instrumento de defensa a favor del afectado de la medida cautelar, totalmente diferente al recurso de apelación, pues frente a la oposición será el mismo juez que dictó la medida cautelar quien lo resolverá, revaluando los elementos que le llevaron a la emisión de la resolución cautelar y eventualmente la deje sin efecto.

Se ha advertido en la doctrina procesal nacional que si no se hace un uso adecuado de dicho instituto procesal, esto es, en el marco de la naturaleza urgente y asegurativa que caracteriza a la tutela cautelar, podría ser un instrumento utilizado para indebidas dilaciones del procedimiento cautelar. Asimismo, el hecho de que al interponerse una “oposición”, esta no suspende la ejecución de la medida, implica una mayor diligencia o prontitud de resolver

dicho medio de defensa, ya sea estimándolo o denegándolo, pues su retardo o dilación en resolverlo podría ser perjudicial e irreparable para el afectado.

Los procedimientos interlocutorios están ubicados dentro de un proceso principal donde se expide una resolución interlocutoria, así tenemos el procedimiento que rige el trámite de las excepciones y las defensas previas, el procedimiento que rige el trámite de las cuestiones probatorias (tachas y oposiciones), los incidentes que son una categoría sui generis cuyo trámite implica la observancia del principio del contradictorio (nulidad de actuados, desafectación, intervención del acreedor preferente no ejecutante, oposición de la medida cautelar, variación de la medida cautelar, ejecución de la contracautela, etc.), el procedimiento cautelar.

Como sabemos, en un proceso habrá una cuestión principal y tantas incidentales como las partes y el Juez propongan y tramiten. Toda cuestión es resuelta por un acto decisorio, si éste se refiere a su aspecto fondal o de mérito será fundada o infundada. Por ello, es equivocado resolver una solicitud de medida cautelar señalando *“Concédase la medida cautelar”*, *“Admítase la medida cautelar”*, *“Trábase la medida cautelar”*, debiendo ser, declarar *“fundada la medida cautelar”*, dado que el examen de los presupuestos del pedido cautelar importan un pronunciamiento de fundabilidad. Ante la falta de algún requisito de validez del pedido, improcedente; algún presupuesto cautelar no acreditado, infundada.

La Sentencia de Vista expedida por la Sala No. 2 de fecha 10 de junio de 1998, interviniendo como Vocal ponente el doctor Víctor Raúl Mansilla Novella, Expediente No. 1050-98, ha resuelto que: *“...si existen elementos indispensables para conceder una medida cautelar debe ampararse, caso contrario pasaría a ser un ejercicio arbitrario de la jurisdicción (...) Implica que el Juez tiene ante sí una delicada decisión cuando se le solicita una medida cautelar; en primer lugar, debe decidir sin contradictorio, es decir, sin conocer los fundamentos del afectado; y, en segundo lugar; debe hacerlo en forma*

expeditiva”²⁴¹.

- d. Clasificación de medidas cautelares. El Código Procesal Civil ha clasificado a las medidas cautelares de acuerdo a una diversidad de criterios, por lo que sólo tiene un valor enunciativo. Por su descripción normativa tenemos las medidas cautelares típicas y las medidas cautelares atípicas. Dentro de las típicas encontramos las siguientes: para futura ejecución forzada, donde se encuentran las distintas modalidades de embargo, el secuestro y la anotación de la demanda. Dentro de las atípicas encontramos las siguientes: la medida cautelar anticipada, temporal sobre el fondo, innovativa, de no innovar y genérica. Dentro de las medidas cautelares típicas llamadas “medidas para futura ejecución forzada” encontramos: i) Supuestos de ejecución forzada, es decir, aquellas que permiten el remate o la adjudicación del bien afectado: embargo en forma de inscripción, embargo en forma de depósito, embargo en forma de retención y el secuestro conservativo; ii) Supuestos de ejecución no forzada, es decir, aquellas que se realizan sin necesidad del remate o adjudicación de un bien: embargo en forma de retención sobre dinero, embargo en forma de intervención (en recaudación, administración o información), secuestro judicial, anotación de la demanda.

Para la procedencia de las medidas cautelares atípicas innovativa y de no innovar, por ser excepcionales, el peticionante deberá probar que está ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Por ello, una disposición general de las medidas cautelares es el límite de irreversibilidad, esto es, siempre que los efectos de la decisión cautelar pueda ser de posible reversión, significa que la medida cautelar no puede anticipar los efectos de la decisión final, de tal modo que luego no pueda ser alterado por la sentencia en caso de ser rechazada la pretensión.

Otro criterio de clasificación es por su relación con los efectos de la pretensión principal, podrán ser coincidentes, cuando el contenido de la medida cautelar

²⁴¹ Publicada en “Jurisprudencia Actual”, Lima, Gaceta Jurídica Editores, Marzo 1999, tomo II, pp. 503-504.

tiene relación material o fáctica con el contenido de la sentencia, esto es, es simplemente una identificación de efectos, y son aquellas que, deben ser dadas con mucho cuidado, y las no coincidentes que suelen ser la mayoría de medidas cautelares.

Se observa que la alternativa al **poder general de cautela**, viene a ser una de las más importantes expresiones del poder jurisdiccional. Se trata de un poder-deber por el cual se pueden otorgar **medidas cautelares atípicas** acordes con los requerimientos del proceso.

Efectuando un **análisis crítico de las clasificaciones de la medida cautelar en el Código Procesal Civil**, y tomando como base la tesis presentada por el profesor Juan José Monroy Palacios titulada “Bases para la Formación de una Teoría Cautelar”, diremos que la crítica que se formula es que en la actualidad no se están teniendo en cuenta medidas que no tienen como propósito la tutela de situaciones no patrimoniales. Situaciones como la protección del medio ambiente, de los derechos de la personalidad, la tutela de los consumidores, etc., deben encontrar en los ordenamientos especiales una expresa referencia a los mecanismos cautelares con los cuales proteger sus derechos, antes de recurrirse a la imaginación del solicitante y del Juez que le de contenido. Se ubica como norma cautelar de cierre que permite la deducción de cautelares no expresamente previstas. Tampoco aparece apropiado hablar de medidas cautelares sobre el fondo debido a que, si bien el procedimiento cautelar es de carácter instrumental respecto del proceso principal, la materia de la tutela cautelar tiene como característica la autonomía teleológica y cognoscitiva. El Juez considera necesario dictar medidas cautelares similares a los requerimientos del demandante, ya que no encuentra mejor forma de asegurar la eficacia del proceso. Por otro lado, el nombre “medida cautelar satisfactiva” resulta contradictorio, ya que lo satisfactivo hace referencia a la resolución de mérito de la causa atribuible al proceso a través de la sentencia, más no a los procedimientos (incidentes) que se encuentran al interior de él, teniendo presente el carácter provisional de la cautela.

Respecto de la regulación de las llamadas “medidas cautelares genéricas” regulada en el artículo 629° del Código Procesal Civil, es la norma que nos permite sostener que el Juez si goza del **poder general de cautela**, que es la apertura y preeminencia de las medidas cautelares atípicas, que consiste en crear una medida cautelar idónea para la protección de la eficacia del proceso, esto es, el peticionante puede imaginar una medida cautelar adecuada a lo que se está discutiendo, prescindiendo de que aquellas se encuentren o no expresamente reguladas por el ordenamiento procesal.

Sobre el *inaudita altera pars* en relación al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, existe legislación extranjera que tiene una regulación distinta al modelo peruano, como es el caso de Italia, España y Brasil, donde las medidas cautelares se dictan con audiencia previa del afectado, siendo la justificación que esgrimen la observancia del **principio de contradictorio**. El artículo 637° del Código Procesal Civil, señala que *“La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento del afectado... Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso el demandado no será notificado...”*. La revisión debe tener preferencia procesal, por haberse dictado *inaudita parte*. El esquema de la medida cautelar (otorgamiento y ejecución) de acuerdo al ordenamiento procesal vigente comprende: a. Concesión; b. Ejecución de la medida (situación cautelante); c. Notificación al afectado con la medida. El debate en sede nacional se ha dado en cuanto a que si la oposición a la medida cautelar excluye la posibilidad de interponer el recurso de apelación en forma directa, pensamos que no, dado que la oposición a la medida cautelar es un instrumento de defensa a favor del afectado de la medida cautelar totalmente diferente al recurso de apelación.

Nuestra posición sobre este tema propone establecer como **disposición general de la medida cautelar el límite de irreversibilidad**, y que se desnaturaliza la esencia de una medida cautelar si se desconoce que ella debe ejecutarse de inmediato. Siendo así, el **esquema de reforma procesal en materia de medidas cautelares** sería: a. Concesión o resolución de medida

cautelar; b. Actuación o ejecución inmediata; c. Plazo para plantear la oposición a la medida cautelar; d. Audiencia donde las partes exponen sus razones, en caso de plantearse oposición a la medida cautelar; e. El Juez, resolviendo la oposición, confirma la decisión o resuelve dejar sin efecto la decisión; y, f. Apelación respecto de la decisión que resuelve la oposición.

- e. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. La Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, establece que la medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva (artículo 36° primer párrafo del texto original; artículo 39° primer párrafo del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067).

En el proceso contencioso administrativo puede ser solicitada cualquiera de las medidas cautelares reguladas en el Código Procesal Civil, sea antes o durante el proceso; son especialmente procedentes las medidas de innovar y de no innovar. Ello quiere decir que el rasgo de excepcionalidad que tienen estas medidas en el proceso civil se pierde en el proceso contencioso administrativo, debiéndosele considerar como de especial procedencia (artículo 37° del texto original; artículo 40° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067).

- f. Medidas cautelares en los procesos constitucionales. Dentro de la clasificación de las formas de tutela jurisdiccional encontramos la tutela ordinaria y la tutela diferenciada, ésta última a su vez se subclasifica en: tutela preventiva que busca anticipar de que el conflicto no ocurra, y la tutela de urgencia que constituye la actuación oportuna de la jurisdicción, ésta última a su vez presenta dos manifestaciones: tutela de urgencia satisfactiva (proceso urgente) y tutela de urgencia provisional (medida cautelar).

La tutela jurisdiccional de urgencia se manifiesta mediante procesos breves y

expeditivos en los que se privilegia el valor eficacia, siendo este el fin de la medida cautelar. El proceso constitucional de amparo es una expresión de la tutela jurisdiccional de urgencia satisfactiva, pues su objetivo es proteger derechos de las personas cuya afectación o amenaza requieren ser suprimidos con suma rapidez.

En principio, el proceso constitucional de amparo constituye un mecanismo procesal de tutela de urgencia y satisfactiva, proceso de condena cuyos caracteres para su procedencia es dejar sin efecto hecho, omisión o amenaza, agravio inminente y directo contra el ejercicio de un derecho constitucional, proceso urgente (cuando el agravio se haya consumado) o preventivo de condena (amenaza); esto es, siempre que se trate de lograr la reposición del derecho constitucional transgredido o amenazado de manera fáctica, evidente y sin duda alguna, pues éste no es declarativo de derechos, sino que, a través de él, se pueden resarcir aquellos derechos que estando plena e indubitadamente acreditados, son objeto de transgresión.

Desde la perspectiva política, es un mecanismo para asegurar o consolidar un Estado de derecho. Se ha dicho con razón que el amparo será eficaz cuando hagamos del derecho una herramienta de transformación social, lo que se discute en un proceso de amparo son valores y tendencias sociales²⁴². En el caso colombiano la Acción de Tutela (nombre como se conoce al amparo) ha conseguido esta efectividad, y tiene un prestigio importante.

Las medidas cautelares no existen en los procesos de inconstitucionalidad (artículo 105° del Código Procesal Constitucional), por ser abstracto no hay perjuicio de parte. En el proceso de acción popular se admite restrictamente una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado (artículo 94°). En los procesos competenciales se admite restrictivamente (artículo 111°).

En los procesos de amparo se encuentra el amplio escenario de medidas

²⁴² Juan Monroy Gálvez en “La acción de amparo bajo análisis”, Diario “El Comercio” de fecha 6/8/2002, p. A-15.

cautelares. Su regulación se justifica por la diferencia que existe entre la previsión legal (1 mes 1/2), con agravio constitucional (2 meses), y la realidad del proceso. El ámbito de la medida cautelar lo encontramos desde la demanda hasta la sentencia, al encontrarse regulada la actuación inmediata de la sentencia impugnada.

Tal como lo expuso el Tribunal Constitucional español en la STC 14/1992, fundamento jurídico 7°...*la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*"²⁴³.

El legislador del Código Procesal Constitucional tuvo presente que la medida cautelar es una expresión de la tutela de urgencia que requiere ser regulada con características que no neutralicen su objetivo de evitar el peligro en la demora del trámite de un proceso. Se establece un procedimiento general mucho más ágil al previsto por la legislación especial derogada, pues dispone que se dicte sin audiencia a la parte demandada, ni interviene el Ministerio Público, el recurso de apelación se concede sin efecto suspensivo y se presenta como límite la irreversibilidad de la misma (artículo 15°).

Se restablece en materia de medida cautelar en los procesos constitucionales, que las medidas cautelares se conceden o rechazan por el Juez sin conocimiento de la contraparte "*inaudita parte*", característica necesaria para dotar de eficacia su concreción, y además que la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Se eliminan las limitaciones escandalosas al tratamiento cautelar en el proceso de amparo. Se ha producido modificaciones en restablecer en materia cautelar en los procesos constitucionales, que las medidas cautelares se conceden o rechazan por el Juez sin conocimiento de la contraparte "*inaudita parte*", recogiendo la obra PIERO CALAMANDREI; se ha eliminado el efecto suspensivo de la apelación, estableciendo que sólo es concedida sin efecto suspensivo, por lo que se actúa de inmediato; se elimina la participación del Ministerio Público.

²⁴³ STC 238/1992, citada por Francisco Rubio Llorente, Derechos fundamentales y principios constitucionales, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1995, p. 269.

No se prescribe un tipo especial de medida cautelar, como sería el caso de la medida cautelar de no innovar y su modalidad de *“suspensión del acto violatorio”*. Se regulan las medidas cautelares atípicas: medida cautelar innovativa; medida cautelar de no innovar; medida cautelar temporal sobre el fondo; medida cautelar genérica.

En el amparo, la medida cautelar consiste, por lo general, en una suspensión de los efectos del acto de vulneración del derecho constitucional o en una inhibición de la conducta que amenaza tal derecho. En ambos casos, la sentencia final estimatoria “absorbe” los efectos de la medida cautelar.

Se establece en el artículo 15° primer párrafo del Código Procesal Constitucional que su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la eficacia de la decisión. Se regula en el artículo 15° parte final del Código citado, en todo lo no previsto en el referido cuerpo legal será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618° (Medida anticipada), 621° (Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa), 628° (Sustitución de la medida), 630° (Cancelación de la medida), 636° (Medida fuera de proceso), y 642° al 672° (Medidas para futura ejecución forzada, con excepción de la medida cautelar de anotación de demanda en los Registros Públicos regulada en el artículo 673°), en todo lo no previsto expresamente en el presente Código. Se establece pautas no aplicables del Código Procesal Civil.

Se establece además en el segundo párrafo del citado artículo que *“El Juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma”*. El límite de irreversibilidad de la medida cautelar significa que la medida cautelar no puede anticipar los efectos de la decisión final, de tal modo que luego no pueda ser alterado por la sentencia en caso de ser rechazada la pretensión. Este carácter irreversible deberá ser evaluado en función del caso concreto, de allí que siempre el concederla o no, se halle estrechamente ligada a la discrecionalidad del Juez. Los abusos que se han cometido en materia de medidas cautelares no se resuelve

restringiendo legislativamente la medida cautelar sino estableciendo mecanismos de control (límites para concederla), que evitan la arbitrariedad.

El profesor universitario y constitucionalista CARLOS MESÍA en su obra “Exégesis del Código Procesal Constitucional” anota:

En este punto resulta de vital importancia que exista siempre la posibilidad de regresar las cosas al estado anterior, que sea posible retrotraer las situaciones a como estaban antes de la concesión de la medida cautelar”. Asimismo sostiene: “Si se trata de interpretar la intención del Código Procesal Constitucional diríamos que la suspensión del acto violatorio es la regla, y la medida cautelar de innovar es la excepción. Es decir, que las medidas innovativas sólo se conceden in extremis, última ratio, cuando la suspensión del acto violatorio no es suficiente para conjurar el peligro de irreparabilidad²⁴⁴.

Se regula en el artículo 16° la “extinción de la medida cautelar”, a diferencia de la omisión al tema en el Código Procesal Civil. Según la citada norma *“la medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada”*. Se mantiene estable sus efectos hasta que la resolución desestimatoria quede firme. A opinión de la profesora EUGENIA ARIANO DEHO, la norma del artículo 16° del Código Procesal Constitucional, o sea la de hacer perdurar una medida cautelar hasta cuando *“la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada”*, tenemos al “afectado” establemente “afectado” hasta la *res iudicata*. Por lo que resulta necesario otorgar al “afectado” el “mecanismo”, a hacer valer ante el juez de la causa, para obtener la REVOCACION DE LA MEDIDA CAUTELAR por “insubsistencia” de sus “elementos”.

Ratificar el carácter incidental de la tutela cautelar. Se trata de un procedimiento cautelar no de un “proceso cautelar”, como lo regula el Código brasileño en el Libro Cautelar por ser demanda.

²⁴⁴ Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 158 y 159.

26. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

El profesor TARZIA, señaló que la tutela judicial solo será efectiva cuando sea posible hablar de una tutela judicial “oportuna” en atención a la duración del proceso. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art.24.2 CE), distinto del derecho a la tutela judicial efectiva, pero cuya autonomía no debe conducirnos a negar su íntima conexión con éste, pues el derecho a la tutela judicial efectiva debe siempre ser satisfecho dentro de unos razonables límites temporales²⁴⁵.

Resolver un proceso en un plazo razonable no significa resolverlo en el plazo marcado por la ley. El incumplimiento de los plazos, por tanto, reviste un carácter meramente indiciario para la apreciación de la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Su apreciación requiere, sin embargo, algo más: que la dilación producida adquiera y revista trascendencia suficiente²⁴⁶.

Por su parte, el profesor DAVID VALLESPÍN PÉREZ señala:

Para medir este ‘tiempo razonable’, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado cuatro criterios (la complejidad del litigio, el comportamiento del recurrente, la conducta de las autoridades nacionales y las eventuales consecuencias del proceso)...²⁴⁷.

La aceleración del proceso (una de las variables del valor efectividad) siempre implica riesgo para el resultado cualitativo que se ha de alcanzar. Por lo tanto, incrementar la seguridad puede comprometer la efectividad y, en contrapartida, incrementar la efectividad puede comprometer la seguridad²⁴⁸.

27. EL COSTO DEL PROCESO

Sería inconstitucional un proceso civil cuyo costo impida o dificulte a los

²⁴⁵ David Vallespín Pérez, “Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso civil”; En: Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, octubre 2008, p. 94.

²⁴⁶ Guilherme Marinoni, L. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima, Palestra Editores, 2007, página 224 y ss.

²⁴⁷ Ob. Cit., p. 95.

²⁴⁸ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Ob. Cit., p. 79.

justiciables el acceso a la justicia, que debe ser real y efectiva. Por ello el proceso ha de tener un costo razonable, proporcionado a la cuantía o significación de los intereses discutidos.

El artículo 411° del Código Procesal Civil contiene la definición de los costos del proceso señalando que los costos son los honorarios del abogado de la parte vencedora. Por otro lado, la regulación de costos del proceso requiere de una interpretación/aplicación, donde opera la medición entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular. El Juez debe regular los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, conforme lo establece el artículo 414° del Código Procesal Civil. La norma procesal usa el verbo “regular” que es transitivo y que significa ‘medir, ajustar, componer’. De acuerdo a la norma glosada, el Juez debe fijar los costos del proceso en forma prudencial, atendiendo únicamente a las incidencias del proceso (duración del proceso e instancias jurisdiccionales, naturaleza de la pretensión, su complejidad, el monto del petitorio, en caso de litisconsorcio la actuación de cada sujeto procesal determinará su obligación, “manifiesta temeridad”, entre otros). Por su parte el artículo 418° del Código acotado, señala que para hacer efectivo el cobro de los costos, el vencedor deberá acompañar documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago, así como de los tributos que correspondan. Atendiendo a los documentos presentados, el Juez aprobará el monto.

De la interpretación sistemática de los artículos 411°, 414° y 418° del Código Procesal Civil se puede concluir que el legislador ha adoptado la teoría subjetiva, por lo que si bien exige documento indubitable de fecha cierta y el pago de los tributos (418° CPC), los costos se fijan atendiendo a las incidencias del proceso (414° CPC).

Reiterada jurisprudencia nacional ha establecido que: *“Si bien es de libre concertación entre el cliente y su abogado el monto de los honorarios, ello no obliga al juzgador a aprobarlo en forma irrestricta, no obstante estar indubitadamente acreditado su pago. Ellos deben ser apreciados prudencialmente*

*para no dar lugar a un abuso de derecho que la ley recusa*²⁴⁹.

Respecto a las costas del proceso están constituidas por los “gastos judiciales” realizados en el proceso, como sería el pago de los aranceles judiciales. El artículo 47° segunda parte de la Constitución Política indica expresamente que: *“El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales”*, sin embargo, el artículo 413° del Código Procesal Civil establece que el Estado está exento de la condena en costas y costos. Por su parte, el artículo 56° segundo párrafo del Código Procesal Constitucional establece: *“En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos”*.

28. INDEBIDO USO DE LA ABSTENCION DE LOS JUECES AFECTA EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La abstención de los jueces es un tema poco estudiado por nuestra doctrina, pero de gran incidencia en la práctica judicial, existiendo una situación concreta: la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva cuando el Juez hace mal uso de la abstención.

Los artículos 305° y 307° del Código Procesal Civil enumeran las causas de abstención y, en su caso, de recusación de los jueces, siendo que, en principio, se trata de un sistema cerrado o de *numerus clausus* en lo que no cabe alegar otros motivos que los regulados en la ley, no admitiéndose una interpretación extensiva o analógica de los mismos; excepcionalmente, se permite al Juez que se aparte por decoro o delicadeza del proceso. En dicho sentido, el artículo 313° del Código acotado, dispone que la abstención por decoro se produce cuando a criterio del juez se presenten motivos que perturben la posibilidad de que resuelva el conflicto de intereses, con imparcialidad. Siendo excepcional esta potestad conferida al juzgador para apartarse del proceso, ella debe encontrarse sustentada en motivos que efectivamente le hagan perder la imparcialidad de la que debe estar imbuido, para conducir todo proceso judicial sometido a su tutela.

²⁴⁹ Expediente N° 1183-97, Cuarta Sala Civil de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 413.

La abstención del Juez del conocimiento de un proceso, aunque está permitida en nuestro ordenamiento jurídico ha de corresponder a una abstención fundada en motivos ciertos y razonables, pues mientras no tenga una motivación valedera, constituye una forma de obstruir por la voluntad del impartidor de justicia el acceso de las personas a ella, afectando el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, en la medida que el Juez estaría realizando su propia voluntad, su interés, su deseo, por encima del orden jurídico, eludiendo su responsabilidad y por tanto, apartándose de la Constitución y de la ley.

En sede nacional se han dado numerosos casos en que la abstención por decoro no encuentra fundamentación razonable o razón suficiente para que el Juez se aparte del conocimiento de la causa, por ejemplo, el caso de haber obtenido un crédito bancario y verse impedido de conocer causa que involucre la entidad bancaria, en otro caso, el haber obtenido el prólogo en un libro de su autoría por un destacado jurista, formulando abstención por esa relación académica, incluso a nivel de miembros de la Corte Suprema de Justicia de la República. En la Casación N° 2738-2004-Callao se registra la Resolución de fecha 7 de enero del 2005 que resuelve declarar fundada la abstención interpuesta, por el motivo expuesto de que el Juez Supremo era cliente al encontrarse asegurado de Rímac Internacional Cía de Seguros y Reaseguros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 313° del Código Procesal Civil.

Esta conducta del Juez ha tenido como principal consecuencia el retraso indebido de la prestación jurisdiccional. No podemos dejar de reconocer que el Juez por su función de impartir justicia, debe inclusive evaluar las repercusiones que su conducta tiene para las partes y el proceso en sí. El decoro o la delicadeza corresponden al escrúpulo legítimo del Juez, sin embargo, su uso habitual resulta pernicioso. Tal derecho, como opina la profesora SARA TAIPE CHÁVEZ, no permite que el Juez evada el conocimiento del proceso sin tener en cuenta el sentido de su función y la repercusión de su actuar²⁵⁰.

²⁵⁰ En: Revista Diálogo con la jurisprudencia N° 135. Lima, Gaceta Jurídica, diciembre 2009, p. 225.

Al sustentar el Juez la abstención, esta tiene que fundamentarse en circunstancias que harían prever que el Juez se habría aproximado al interés de una de las partes o por lo menos haga presumir tal percepción y para evitar que dicho perjuicio afecte la validez de su decisión decide apartarse del proceso, por decoro. Al darse razón suficiente, el Juez como impartidor de la justicia, tiene la obligación, por su propia iniciativa, de inhibirse en el conocimiento del litigio, por entender, que carece de imparcialidad y objetividad para juzgar. Por ejemplo, el hecho que el Juez con anterioridad ha interpuesto demanda contra el demandado, y, por tal motivo se abstiene del conocimiento del proceso, al no estar habilitado para dirimir adecuadamente el conflicto de intereses.

En la práctica judicial se dan casos en que la resolución de abstención no señala en forma concreta cuáles son los actos o argumentos de la parte o del Abogado patrocinante que perturban la función como Juez, siendo que la insuficiencia fáctica de la resolución no permite a la Sala revisora examinar si en efecto existen motivos razonables para su abstención en el conocimiento del proceso, sin cuya determinación es totalmente imposible enjuiciar con seriedad y viabilidad la abstención formulada.

La profesora MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ señala:

La abstención que regula el artículo 313° del CPC, se sustentan en razones subjetivas del juez, cuando manifieste una posible sospecha sobre la objetividad de su actuación. Aquí, el juez puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada, explicando los motivos graves, que llevan a apartarse del proceso. Esto implica que la abstención pueda estar sustentada en un exceso de susceptibilidad o determinada por actitudes de las propias partes, como el interponer quejas o denuncias, las cuales no pueden ser argumentos para que el juez se retire del proceso y postergue la tutela frente a la incidencia que

*provoca su abstención*²⁵¹.

29. CONDUCTA MALICIOSA DE LOS ABOGADOS. ABUSO DE DERECHO IMPIDIENDO LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Para el profesor LUIZ GUILHERME MARINONI, la morosidad no sólo significa un peso muy grande para el litigante, sino que también inhibe el acceso a la justicia. La lentitud lleva al ciudadano a no creer en el Poder Judicial, lo que es altamente nocivo para los fines de pacificación social de la jurisdicción, pudiendo asimismo conducir a la pérdida de legitimidad del poder. Este autor nos habla de la necesidad de una distribución racional del tiempo del proceso señalando:

*El tiempo del proceso no puede perjudicar al actor (entiéndase demandante) y beneficiar al demandado, ya que el Estado, cuando prohibió la justicia por mano propia, asumió el compromiso de tratar a los litigantes de forma isonómica y de tutelar de forma oportuna y efectiva los derechos*²⁵².

Litigar o accionar con temeridad es una defensa sin fundamento jurídico. Es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón y/o falta de motivos para deducir o resistir la pretensión y, no obstante ello, así lo hace, abusando de la actividad jurisdiccional, o resiste la pretensión del contrario. Incluso, con esta conducta en algunos casos se generan daños por lesión a la reputación de los jueces aduciendo hechos falsos, siendo el abuso de derecho por dolo.

El Tribunal Constitucional ha llamado la atención de las instancias judiciales para que ejerzan sus potestades disciplinarias, reprimiendo la mala fe y la temeridad procesal en el marco de sus atribuciones conforme a las normas procesales y a la Ley Orgánica del Poder Judicial (STC EXP. N.º 05561-2007-PA/TC de fecha 24 de marzo del 2010). No es posible que nuestro país logre estándares mínimos en la protección de los derechos de los ciudadanos, sin una actitud de compromiso de

²⁵¹ “Cómo ser Juez y no claudicar en el proceso”. En: Revista “Diálogo con la Jurisprudencia” N° 89. Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 189.

²⁵² “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”. En: Revista Thémis N° 43, Lima, pp. 50 y 51.

parte de los abogados a quienes corresponde la defensa de los ciudadanos y también de las instituciones públicas, ya sea a través de las procuradurías o las defensorías de oficio, o también a través de contratos estatales de servicios profesionales con estudios o abogados independientes.

Así también lo exige el artículo 1º del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, que precisa que *“El Abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; y que su deber profesional es defender, con estricta observancia de las normas jurídicas y morales, los derechos de su patrocinado”*, mientras que en el artículo 5º de este mismo instrumento normativo de la abogacía peruana, establece que, *“El Abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios”* (Fundamento Jurídico 31).

En el caso citado el Tribunal se impone a la entidad recurrente ONP, por concepto de sanción por conducta temeraria y conforme a los fundamentos de esta sentencia, el pago de los costos procesales, que deberá liquidarse y establecerse en vía de ejecución. Asimismo, se impone a todos y cada uno de los abogados que autorizaron los escritos a lo largo del presente proceso el pago solidario de 20 URP por concepto de sanción por incumplimiento de los deberes propios del ejercicio profesional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en la RTC Exp. N.º 01956-2008-PHC/TC de fecha 29 de agosto del 2008, ha señalado que una vez más se hace evidente la conducta litigiosa temeraria asumida por el demandante, quien en el presente caso ha venido alegando de manera reiterada la afectación de su derecho constitucional al debido proceso supuestamente por carecer de competencia el fiscal emplazado para conocer del proceso penal que se le siguió, lejos de considerar que su pretensión en la forma y modo que ha sido postulada escapa a la protección de este proceso constitucional de hábeas corpus; y por el contrario, a través de los medios impugnatorios que le franquea la ley ha cuestionado las decisiones judiciales con argumentos carentes de sustento fáctico y jurídico. De

hecho ésta actuación no sería deleznable si fuera la primera vez en que este Colegiado conoce de este tipo de alegaciones; sin embargo, ello no es así, pues tal como se ha hecho referencia supra, existen más de quince casos en los que se ha dado respuesta a dichas alegaciones desde la perspectiva estrictamente constitucional. Y es que para este Tribunal Constitucional estos hechos acreditan no sólo la falta de argumentos y fundamentos que sustentan sus afirmaciones en esta vía, sino también la temeridad con la que ha venido actuando el recurrente en el trámite del presente proceso de hábeas corpus, obstaculizando así la labor de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia por mandato del artículo 138º de la Constitución. En efecto no cabe duda que conductas de ese tipo constituyen una vulneración del artículo 103º de la Constitución, que proscribe el abuso del derecho, en general, y de los procesos constitucionales, en particular. Y es que el abuso de los procesos constitucionales no sólo constituye un grave daño al orden objetivo constitucional, sino también a la tutela de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Esto es así, por cuanto al hacerse un uso abusivo de los procesos constitucionales, de un lado, se restringe *prima facie* la posibilidad de que este Colegiado pueda resolver las causas de quienes legítimamente acuden a este tipo de procesos a fin de que se tutele prontamente sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y de otro lado, constituye un gasto innecesario para el propio Estado que tiene que premunir de recursos humanos y logísticos para resolver tales asuntos. En concreto, con este tipo de pretensiones, lo único que se consigue es dilatar la atención oportuna de las auténticas demandas de justicia constitucional y a la vez frustrar la administración de justicia en general (Fundamento Jurídico 8). Se impone al demandante la multa de veinte (20) URP, por su actuación temeraria en el presente proceso constitucional, asimismo remitir copia de todo lo actuado a la Comisión de Ética del Colegio de Abogados al que pertenece la letrada, para que adopten las medidas que correspondan, debiéndose informar a este Colegiado sobre su resultado.

En el ámbito nacional, la propia Constitución, en su artículo 20º, ha reconocido la institucionalidad y autonomía de los Colegios Profesionales que dentro de estos

parámetros, deben coadyuvar a alcanzar las finalidades más altas en la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa, en su artículo 284º, que *“La abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho”, estableciendo una amplia gama de derechos y de obligaciones, y entre los deberes de todo abogado, el artículo 288º incluye, entre otros, los de:*

- 1. Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados;*
- 2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe;*
- 3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional”.*

Como correlato, la misma Ley Orgánica establece las potestades disciplinarias que puede imponer todo juez en el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de los abogados que incumplen estos deberes. En este sentido el artículo 292º establece que: *Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses* (STC recaída en Exp. 8094-2005-PA/TC de fecha 29 de agosto de 2005, Fundamento Jurídico 4).

30. NOTAS FINALES

El desarrollo del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y derecho al debido proceso hacen ver la prevalencia del derecho sustancial (aplicar la justicia material, sustancial, pasando por la garantía del derecho al debido proceso). Esta corriente de pensamiento de la prevalencia del derecho sustancial se verifica hoy en la doctrina europea y norteamericana.

La malformación que consistió en el entendimiento que el derecho procesal se anclaba en el formalismo (la forma por la forma), se debió a que nuestra disciplina no avanzó a la par de la filosofía del derecho y el constitucionalismo. Por ello, las columnas vertebrales del nuevo derecho procesal la encontramos en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso. Entendemos la complejidad del derecho, bajo los parámetros de justicia y verdad.

El garantismo es un sistema de garantías complejo, que aparece con las constituciones de post guerra, donde se da la interpretación de los principios constitucionales y garantías básicas de la justicia y el proceso. La efectividad debe ser una práctica diaria de la impartición de justicia. Las garantías verdaderas, a decir del maestro MICHELE TARUFFO, la comprenden no solo la imparcialidad del Juez -mal entendida por algunos por la que el Juez debe ser totalmente pasivo al interior del proceso- sino la garantía de acceso a la justicia, la garantía de la defensa, la garantía de una decisión justa, la garantía de la realización de los derechos (tutela cautelar, ejecución de sentencia).

Comparto la postura del maestro MICHELLE TARUFFO cuando señala que el Juez activo es una condición necesaria para una correcta impartición de justicia. En la tarea activa del Juez no hay conflicto entre las garantías y el activismo del Juez (realización de las garantías). Observando el autor que jamás las partes del proceso son iguales.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental que posee toda persona porque es fundamento, junto con otros, del orden político y de la paz social, según el cual cualquier persona puede y debe ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la Justicia para que esas pretensiones le sean satisfechas. Lo que no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonadamente, con arreglo a Derecho y en un plazo de tiempo también razonable, a lo largo de un proceso en el que todas las personas titulares de derechos e intereses afectados por esas pretensiones puedan alegar y probarlo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones.

En el caso de la doctrina del Tribunal Constitucional español, no hay duda de que, todos los principios, derechos y libertades fundamentales, el de tutela efectiva es el más comentado, porque también es el más utilizado para fundamentar las pretensiones que se deducen en amparo constitucional. Tiene una fuerza expansiva o normatividad inmanente, dado que la doctrina constitucional ha ido acuñando, definiendo y perfilando una serie de conceptos o principios que derivan del de tutela efectiva y forman parte del contenido de ese derecho fundamental. Las diversas facetas que integran el contenido de la tutela efectiva la encontramos en el acceso al proceso, derecho a los recursos ordinarios y extraordinarios, derecho a la ejecución de las sentencias, el principio de proporcionalidad, que impone, en esencia, “un tratamiento distinto para los diversos grados y defectuosidad de los actos”, el principio de conservación, íntimamente conectado con el de proporcionalidad, y reconocido también en el artículo 173° del Código Procesal Civil, determina que la nulidad de un acto no debe implicar la de los sucesivos que sean independientes de él, de forma que quien deba pronunciarse sobre la nulidad está obligado a conservar, siempre que sea posible, los actos o parte de ellos cuyo contenido habría sido el mismo de no haberse cometido la infracción origen de la nulidad, el principio de finalidad de la prueba, que de manera restringida nos puede permitir que sea susceptible de ser revisado a través del recurso extraordinario de Casación.

La vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puede provenir de actos de los poderes públicos no judiciales, inclusive los actos parlamentarios y en concreto los Acuerdos del Pleno del Congreso. La tutela judicial es un derecho de prestación que sólo puede ser reclamado de Jueces y Tribunales ordinarios integrantes del Poder Judicial.

Según reiterada y constante doctrina jurisprudencial española, el derecho a la tutela judicial efectiva se configura fundamentalmente como una garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. Se deberá revisar la interpretación judicial de la razonabilidad, ante la denuncia de una sentencia

arbitraria, y entonces: ¿Cuál sería la manera o el mecanismo mediante el cual se podría corregir la sentencia arbitraria y que por ende garantizar el proceso justo?. La materia de la llamada doctrina de la sentencia arbitraria comprende lo absurdo y arbitrario que escapa a la lógica formal en el razonamiento jurídico. Se atenta contra el sentido común, con afirmaciones imposibles, insostenibles. No es arbitrario lo que es opinable. El tema pasa por un análisis de la esencia del razonamiento judicial a efectos de encontrar métodos que permitan al juez conducir su decisión a un contenido justo. Sin embargo, como lo justo no es precisamente un valor constante e inmutable, los estudios jurídicos deben proveer al Juez de técnica que permitan acceder al sentido de justicia reconocido por la sociedad en donde se va a expedir la decisión. Para el procesalista peruano JUAN MONROY GÁLVEZ atrás de esta elección metodológica hay una dialéctica judicial.

Al concluir esta exposición, debiéramos tener presente que como la sentencia debe aplicar la ley y ésta puede no ser justa en lo general o para el caso en particular, compete al Juez efectuar su mejor interpretación, cuya labor es un acto de creación del derecho: “la ley siempre al servicio de la justicia, nunca a la inversa”. Resulta oportuno citar aquí lo expuesto por el procesalista peruano CARLOS PARODI REMÓN: *“En Derecho, ciencia social por excelencia, no hay dogmas; sólo deben existir planteamientos y propuestas de soluciones. Todo es poco cuando se trata de buscar la justicia, sin la cual la paz social es una quimera.”*

CAPÍTULO 5: CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL.

Sumario: 1. Introducción. 2. Fundamento o razón. 3. Discusión doctrinaria. 4. Finalidad. 5. Presupuestos para su aplicación. 6. Legislación comparada. 7. Conclusiones parciales.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos sustanciales, orienta la actividad probatoria, es un valor rector. La prueba de oficio tiene estrecha vinculación con el tema de investigación debido a que el otorgamiento del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, implica el cumplimiento de los fines del proceso, y para ello el Juez cuenta con la facultad de esclarecimiento de los hechos que las partes no han probado en forma adecuada. En ningún caso reemplaza la actividad de las partes, solo la complementa.

Para que este derecho fundamental pueda ser considerado pleno, debe ser apreciado en toda su integridad; para tal efecto, el profesor español FRANCISCO CHAMORRO BERNAL ha subdividido el derecho a la tutela judicial efectiva a su vez, en cuatro sub derechos básicos:

- i. El derecho de libre acceso a la función jurisdiccional y al proceso en sí mismo. Este derecho debe garantizar el irrestricto ejercicio del derecho de acción.
- ii. El derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión. Este derecho debe organizar el derecho de contradicción, el derecho a la prueba y el derecho de impugnación.
- iii. El derecho a obtener una resolución fundada en “Derecho” que ponga fin al proceso.
- iv. El derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales, como una de sus

manifestaciones²⁵³.

El moderno derecho de la prueba reviste una importancia crucial al erigirse en uno de los vértices más álgidos del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y en donde hace pie, en concreto, la garantía de la defensa en proceso. El Juez en esta materia, a decir del maestro AUGUSTO MORELLO, vigila, orienta, explora y gestiona la prueba.

La línea doctrinaria que propicia dotar al Juez de iniciativa probatoria ha sido recibida en un buen número de códigos procesales en América Latina tomando como fuente, el proyecto de Código Modelo Único para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La legislación austriaca de 1895, que entró en vigencia el 1 de enero de 1898, junto con su autor, FRANZ KLEIN, dió comienzo a la efectiva iniciativa instructora del Juez en los términos en que hoy se conoce, así como a la innovación de muchísimas instituciones. Sin embargo, existe un sector de la doctrina que se encuentra persuadido de que el Juez «sustituye» la función de las partes procesales, realizando actos que son propios de estas o se embarca en una búsqueda oficiosa de la «verdad real», «contamina» de un modo insalvable la imparcialidad de su labor y quiebra directamente, la garantía constitucional del debido proceso.

El Tribunal Constitucional peruano ha precisado que el derecho fundamental a la prueba tiene un reconocimiento constitucional implícito en el derecho al debido proceso, y es “un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia” (Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 15). Así pues, el respeto del derecho a

²⁵³ La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución”. Barcelona, Bosch, pp. 12 y 13; citado por Adrián Simons Pino, “El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales”. En: Revista de Derecho Thémis, N° 58 Derecho Procesal Civil, 2010, p. 82.

la prueba supone que una vez admitidos los medios de prueba, sean estos actuados y valorados de manera adecuada y con la motivación debida. De esto último se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la actuación de aquellas pruebas que han sido admitidas; y, en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables (STC Exp. N° 03562-2009-PHC/TC de fecha 24 de marzo de 2010, Fundamento Jurídico 2).

La iniciativa del Juez procede respecto de hechos alegados por las partes pero no acreditados de manera suficiente a su criterio. Se encamina a la verificación de las cuestiones fácticas sometidas por las partes, para facilitar la decisión justa. De ahí la acertada diferenciación de MONTERO AROCA, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y en los segundos los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos como los otros, confluyan en el mismo punto.

En este capítulo se buscará hacer algunas reflexiones sobre lo siguiente: a. La constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez; b. Que los conceptos de pruebas de oficio y carga de la prueba se complementan, vía una interpretación sistemática; y c. Que la solución más idónea de lograr que el órgano jurisdiccional otorgue una efectiva tutela, siguiendo al profesor español JOAN PICÓ I JUNOY, es la que partiendo de la distinción entre fuente y medio de prueba, atribuye al juzgador iniciativa probatoria respecto de aquellas fuentes que se revelan existentes por la actuación de alguna de las partes. La discusión doctrinaria se refleja en el siguiente esquema que hemos preparado para graficar las corrientes que actualmente se están dando sobre esta temática. En ella puede apreciarse claramente las dos corrientes actualmente confrontadas:

- La concepción publicista del proceso que propugna la actuación oficiosa de la prueba; y
- La concepción del garantismo procesal que excluye cualquier iniciativa del juez respecto a la prueba.

A más detalle exponemos el mencionado cuadro:



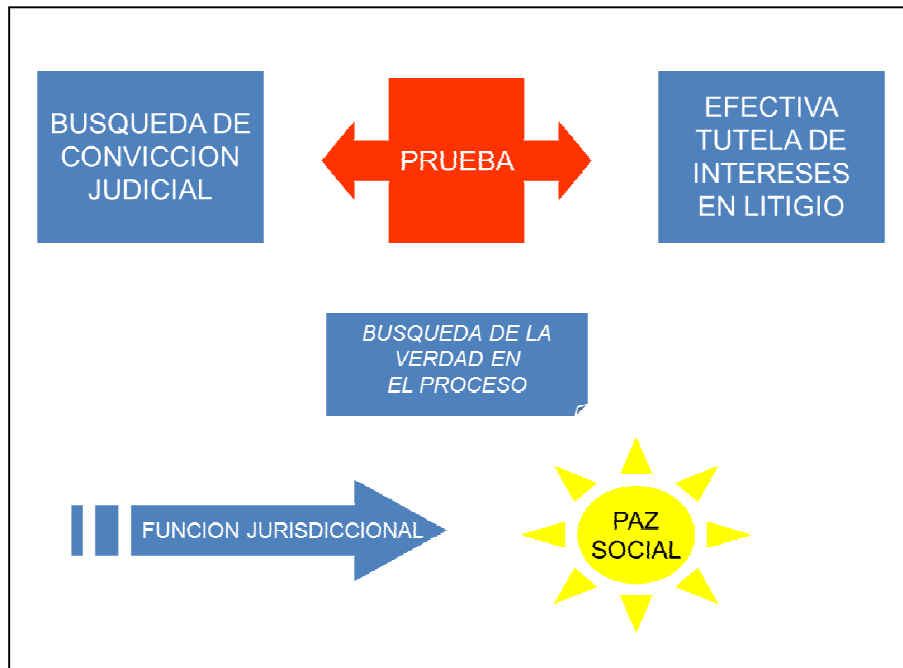
Como cuestión previa al desarrollo del tema debemos señalar que asistimos a una transformación institucional de la justicia desde el punto de vista constitucional a nivel mundial, en razón básicamente a tres factores: a. Las constituciones han adquirido fuerza normativa y de plena eficacia (entendida no solo como norma política sino como norma jurídica); b. El desarrollo del Poder Judicial está vinculado con la puesta en valor de los derechos fundamentales. De ahí que el rol del Juez sea entendido ya no únicamente en la aplicación de la ley al caso concreto sino como garante de los derechos fundamentales, que le otorga una amplitud para resolver; c. Apertura de las constituciones a los ordenamientos supranacionales. Los estudios de Derecho Procesal tienen que ser analizados en clave constitucional.

2. FUNDAMENTO O RAZÓN

- A. Puede encontrarse únicamente en la búsqueda de la convicción judicial, el objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. Las razones fundamentales para admitir los poderes probatorios del Juez es la idea de justicia procesal (proceso ecuánime, pragmatismo procesal) versus justicia sustancial que es igual a la calidad de la decisión (sentencia justa). La necesidad de la verdad importa la obtención de una sentencia justa. La

vigencia de la verdad relativa a través de la justicia sustantiva que implica *máxima aproximación posible a la verdad de los hechos*.

Acá presentamos un cuadro que expresa con claridad el fundamento o razón de la prueba:



3

- B. La función jurisdiccional tiene por objeto la búsqueda de la paz social (hacer posible la convivencia social). El proceso se concibe no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado.
- C. La disposición de prueba de oficio constituye una norma procesal de aplicación del principio de autoridad del Juez, por el cual además de los poderes de dirección formal viene a asumir poderes atinentes al objeto deducido en el proceso. El Juez es la figura central del proceso (supra partes), su director. Al principio de la dirección del proceso se vincula el de la adecuación de las formas procesales a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa. Es también verdad que la adaptabilidad del proceso a las exigencias concretas no es ilimitada (GIAN ANTONIO MICHELI).

- D. Conforme enseña el maestro HERNANDO DEVIS ECHANDÍA: *La finalidad del proceso consiste en la realización del derecho, lo cual no es un interés privado de las partes en el proceso, sino un interés público del Estado; vale decir, hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales del Derecho, la equidad y la realidad de los hechos*²⁵⁴.
- E. Las bases para un adecuado uso de la prueba de oficio lo encontramos en el **principio de autorresponsabilidad**:...*A las partes les incumbe probar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuya aplicación están solicitando; de tal manera que ellas soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras. El Juez tiene, innegablemente, la calidad de protagonista de la actividad probatoria, pero muy pocas veces conoce la realidad como las partes; de tal manera que si éstas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (por ejemplo, si no interrogaron al testigo sobre hecho que sólo ellos saben y que les hubiera permitido sacar adelante el proceso a su favor), sufren las consecuencias*²⁵⁵.
- F. Explica el profesor JOAN PICÓ I JUNOY que el fenómeno de la «publicización» o «socialización del proceso civil» desarrollado durante el siglo XX, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos en lo que respecta al reparto de funciones entre el Juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del Juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para lograr la

²⁵⁴ Intervención en las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal de Caracas, 1967.

²⁵⁵ Parra Quijano, Jairo. "Manual de Derecho Probatorio", pp. 5 y 6.

máxima eficacia en su función²⁵⁶.

- G. En consecuencia, el fenómeno de publicización o socialización puso de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela por parte del Estado.

3. DISCUSIÓN DOCTRINARIA

- A. La concepción publicística del proceso apuesta por la existencia completamente justificada en un esquema de plena colaboración y compatibilidad entre actuación oficiosa y el principio de aportación de parte.
- B. De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX surgió otro fenómeno de especial relevancia para el Derecho Procesal, que generó los postulados del «garantismo procesal». Este sector de la doctrina procesal se muestra partidario de excluir en el proceso cualquier iniciativa que suponga dirección material del Juez; centra su crítica en la posible iniciativa probatoria *ex officio iudicis* y en el control judicial de la buena fe procesal en la actuación de las partes.
- C. Esta posición contraria a cualquier iniciativa probatoria del Juez, señala básicamente lo siguiente:
- i. El Juez civil no es un investigador, debe resolver un conflicto de intereses. Siguiendo las lecciones de ISIDORO EISNER sobre la «verdad en el proceso» se argumenta: *En sentido procesal civil la prueba, en realidad, no es una investigación. El Juez civil no investiga; el Juez civil no va a buscar los hechos, a ver cómo fueron; sino que va a tratar de verificar, valiéndose de los elementos probatorios que le suministraron las partes (....) No haya verdad formal y verdad material; la verdad es una sola. Cuando hay verdad, es la exacta coincidencia*

²⁵⁶ El derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un debate mal planteado. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Buenos Aires, 2004, Año III- N° 4., pp. 253 y 254.

*entre la cosa y la idea que de ella se tiene, no haya otra verdad*²⁵⁷.

- ii. El proceso es un debate dialéctico. Se exige prueba suficiente para satisfacer al Juez, que escoge una de las dos tesis, no una tercera tesis, de lo contrario se incurre en incongruencia. Al Juez le es suficiente contar con la certeza, respondiendo a la pregunta: ¿a cuál de las partes se debe dar la razón con las pruebas aportadas en el proceso?
 - iii. Existen dos componentes básicos para una sentencia justa: imparcialidad del juzgador e igualdad entre los contendientes.
 - iv. El proceso civil es un negocio particular, que responde a las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica.
- D. Las objeciones que al respecto se han formulado básicamente han establecido que la mencionada iniciativa debería ajustarse a límites. Según la exposición de JOAN PICÓ I JUNOY en su obra “El derecho a la prueba en el proceso civil”²⁵⁸ señala que en primer lugar la prueba practicada por el juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en incongruente en cuanto al modo. En segundo lugar, para que pueda atribuirse al órgano jurisdiccional la posibilidad de practicar los diversos medios probatorios, es menester que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria; solo de esta forma se evita que el Juez pierda su imparcialidad, así como que pueda utilizar su «conocimiento privado» al margen de los resultados que figuran en los autos, vale decir, su actuación se restringe únicamente a comprobar o verificar hechos que ya constan en la causa y nunca a investigar hechos nuevos. En tercer lugar, es necesario que en el desarrollo del medio

²⁵⁷ La prueba en el proceso civil. Segunda Edición Actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992, pp. 37 y 42.

²⁵⁸ Bosch Editor. Barcelona, 1996, pp. 267-271.

propuesto por el órgano jurisdiccional se respete el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de la prueba (Michele Taruffo, Fazzalari, entre otros). De ese modo, no se vulnera ninguna de las garantías procesales del justiciable.

«Fuente» de prueba es un concepto extrajurídico, que se utiliza para referirse a todo elemento de la realidad anterior al proceso e independiente de él, que tiene conocimiento o representan hechos que interesan al proceso. De ella se sirven las partes para acreditar los hechos que alegan.

«Medio» de prueba es un concepto jurídico y absolutamente procesal, que alude a la actividad necesaria para incorporar las fuentes de prueba al proceso; son los instrumentos necesarios que deben utilizar los sujetos procesales para suministrar certeza en el Juez. La relación entre hechos y fuentes de prueba debe sujetarse al principio de congruencia.

A continuación se da una interpretación gramatical de los principales términos componentes de estos conceptos:

Prueba

Demostración de la verdad de alguna cosa o de su existencia.

Razón o argumento con que se demuestra la verdad o falsedad de una cosa.

Indicio, muestra que se da de una cosa.

Fuente

Origen de algo, causa, principio.

Documento, obra o materiales que sirven de información o de inspiración a un autor.

Medio:

Lo que puede servir para determinado fin.

Diligencia o modo para conseguir una cosa.

Como puede deducirse de las acepciones expuestas, un «medio

probatorio» no es más que un instrumento que sirve para probar un hecho determinado y no lo que acredita los hechos expuestos por las partes. Las partes ofrecen pruebas, es decir, aquello que va a demostrar la verdad de sus afirmaciones.

El Código Procesal Civil omite en el diseño de aplicación de la prueba de oficio la limitación sobre la iniciativa probatoria del Juez; por lo que esta omisión puede ser subsanada mediante una interpretación sistemática con los artículos 188° y 190° del Código, que regulan la finalidad, pertinencia e improcedencia de los medios probatorios; como resultado de la labor de interpretación jurisprudencial. Asimismo, la concordancia con el artículo 51° numeral 2 del Código que establece: *Los jueces están facultados para: ... 2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.* Si el juez decide ejercer dicho poder discrecional (rol probatorio subsidiario), debe garantizar el derecho al contradictorio y el derecho a la prueba de las partes. Es conveniente disponer normativamente –en una reforma procesal– la limitación del poder de ordenar pruebas a las fuentes probatorias que ya existen en los autos, que evite poner en peligro la debida imparcialidad judicial, debiendo establecerse además *respetando el derecho de defensa de las partes*. No se podrá utilizar fuentes ajenas al proceso sino que ya consten en la causa.

En el artículo 429.1.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 7 de enero de 2000, se exige que la iniciativa probatoria del juez se ciña *a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos*.

- E. En el debate entre estas posiciones, el profesor JOAN PICÓ I JUNOY llega a una solución o postura intermedia entre ambos enfoques doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la «justicia» también es

un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales. En este mismo sentido, el jurista y procesalista peruano Juan Monroy Gálvez afirma que la confrontación entre los llamados «publicistas» y «garantistas» es falaz, ya que un purismo en estas tendencias no solo no es real sino que crea una falsificación del cuadro de los acontecimientos actuales. Lo que se demuestra haciendo una revisión histórica de los aportes de los principales procesalistas que han contribuido más a la constitucionalización de las garantías del proceso a pesar de no estar incluidos dentro de la corriente garantista (v.g. CALAMANDREI, COUTURE, DENTI, CAPPELETTI y otros).

- F. El profesor JAIRO PARRA QUIJANO en su ponencia titulada La racionalidad e ideología en las pruebas de oficio, pronunciada en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal realizado en la Universidad de Lima en el año 2005²⁵⁹, sostiene que toma partido por la ideología según la cual en el proceso se debe averiguar la verdad, para sobre ella dictar una sentencia justa. Ello supone tener un Juez interventor en el proceso, con poderes que le permitan decretar prueba de oficio. No es posible pedirle a un Juez que renuncie a su necesidad de información para orientar el proceso cognoscitivo, salvo que se maneje la ideología de que lo importante es dirimir el conflicto, no importa si se logra sobre la verdad o sin ella. Decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un «vacío cognoscitivo». En la etapa de descubrimiento de la decisión judicial se emplea la lógica dialéctica, sobre todo en lo referente a los hechos; no empleamos el método deductivo. En el tema de la prueba de oficio, en ese recorrido de búsqueda de la verdad con el método inductivo surgen los vacíos y necesidades probatorias.
- G. Una de las conquistas más importantes no solo del Derecho Procesal sino del constitucionalismo moderno ha consistido en la exigencia de que el Juez debe motivar y fundamentar sus decisiones. El juzgador debe adecuar el fallo a un razonamiento determinado, conforme a las leyes de la lógica y

²⁵⁹ Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 2005, pp. 233-246.

al ordenamiento jurídico aplicable de una forma convincente y exhaustiva. Existe el derecho del justiciable de exigir que el proceso termine materializado en una declaración de certeza que tenga razonabilidad y explicitud en su fundamentación, lo que la doctrina constitucional española del Tribunal Constitucional llama, en el desarrollo del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la búsqueda de los criterios jurídicos razonables.

- H. Toda sentencia judicial, en el esquema de razonamiento o de la aplicación del derecho (*iura novit curia*), no solo debe contar con una justificación interna, que comprende la evaluación de los hechos aportados por las partes con el correlato de prueba y la evaluación del supuesto normativo al cual se le puede aplicar el supuesto de hecho, aportando una interpretación jurídica; con una justificación externa, que comprende el conocimiento del Juez de la doctrina y reglas de la experiencia (valores, vivencias, desarrollo económico y social del país, contexto cultural, etc.), y que implica una labor creativa e integradora; sino, además, el Juez debe buscar el empleo de la retórica, es decir, persuadir a las partes de lo que está fallando; en resumen es una tarea interpretativa.
- I. Al regular nuestro Código Procesal Civil el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en el artículo I del Título Preliminar, concordante con la norma del artículo 139° numeral 3 de la Constitución Política, se ha privilegiado el valor procesal «eficacia». Por nuestra parte, diremos que es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un «complejo de derechos»: derecho de acceso de la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. La cualidad de «efectividad» se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 25.1 de la Convención

Americana de Derechos Humanos, es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con los fines a que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

- J. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado diversas expresiones para referirse al asunto que ahora interesa: garantías procesales, tutela procesal efectiva, debido proceso, por ejemplo, aun cuando no se trata –conforme a un análisis exigente– de términos sinónimos. JOSÉ CAFFERATA NORES deslinda debido proceso de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

La identificación resulta inadecuada, no solo porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia–, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares²⁶⁰.

4. FINALIDAD

El profesor colombiano JOSÉ LUIS BLANCO GÓMEZ en su obra **Sistema dispositivo y prueba de oficio**²⁶¹ enuncia dos finalidades de la prueba de oficio:

- a. Tiene una significación práctica, por cuanto tiende a que la norma individualizada con que termina el proceso se aproxime a ese valor jurídico supremo de la justicia, con las limitaciones que se conocen en el proceso civil, ya que el Juez debe «acomodarse a las afirmaciones de las partes», como lo

²⁶⁰ Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Centro de Estudios Legales y Sociales. Del Puerto. Buenos Aires, 2000, p. 185; citado por García Ramírez, Sergio. Elementos del Debido Proceso en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos. En: «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal» N° 9. Año VI. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2006, p. 45.

²⁶¹ Segunda edición. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1994, pp. 103-105.

indica Carnelutti; en gran medida depende de las pruebas.

- b. Igualmente, busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso – regulado por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano–, el descubrimiento de fraudes en detrimento de terceros y evitar sentencias inhibitorias y nulidades, como lo indica el numeral 4 del artículo 37 del código colombiano. Las pruebas de oficio facilitan el descubrimiento de las maniobras fraudulentas de aquellos que acuden a la vía expedita del proceso para causarles detrimento a terceros.

5. PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

- A. El Juez tiene la facultad de actuación de medios probatorios de oficio, **poder discrecional** que no es ilimitado, pues de serlo es muy probable que se cause perjuicio a las partes y que el Juez se parcialice. El maestro Juan Monroy Gálvez enseña que la facultad es una situación jurídica propia de las relaciones de derecho privado; el Juez, al estar por encima de las partes y al deberse a fines que superan las esferas de interés de éstas, sino de carácter general, se maneja con poderes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la prueba de oficio es una facultad que se otorga al juez y no una obligación, por lo que no puede sustentarse una resolución, en dicha norma, para la realización de una específica actividad jurisdiccional, por ende, la regla procesal antes aludida resulta ser una excepción al principio de la carga de la prueba (...), y que tiene por objeto permitir que el Juez tenga actividad probatoria complementaria a la efectuada por las partes, las mismas que no le hayan producido convicción acerca de los hechos controvertidos (Casación N° 2992-20007-Callao, publicada en la Separata de Sentencias en Casación publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el lunes 3 de agosto de 2009, p. 25349).

- B. Bajo la concepción de un Estado democrático y un sistema procesal publicístico estamos ante un poder eminentemente discrecional y no ante un deber. Será poder cuando el Juez desarrolle un papel subsidiario o

marginal en la obtención de la prueba.

- C. Es un tema importante destacar que en principio si el Juez decide no actuar un medio probatorio no existirá vicio alguno por ser una función discrecional, pues la actividad de probar le corresponde a las partes y el Juez solo la complementa en caso de que lo considere adecuado. Aunque también es necesario mencionar que es negativamente sintomático que los Jueces nunca hagan uso de ella. Sin embargo, a este respecto, el maestro JUAN MONROY GÁLVEZ anota que hay una excepción: ¿Qué sucede si un Juez resuelve sobre una materia respecto de la cual resultaba esencial la actuación de un medio probatorio, pero que, “por discreción”, decidió no hacerlo? La prueba de oficio no sólo se encuentra sustentada por la discrecionalidad judicial, sino también por el objeto del proceso. Es decir, hay situaciones donde el Juez necesariamente debe extraer medios probatorios de los hechos alegados por las partes, aunque éstas no las hayan considerado como merecedores de probanza. En otras palabras, agrega MONROY GÁLVEZ, si el Juez encuentra que, de acuerdo a un determinado caso, es imprescindible saber si la firma es auténtica o no, debe actuar la prueba de oficio y su omisión resiente la validez de la sentencia. En este particular caso, el recurso a su «poder discrecional» no lo escuda de haber sentenciado arbitrariamente.
- D. La insuficiencia de medios probatorios ofrecidos por las partes para formarse convicción sobre la materia controvertida (artículo 194° CPC), esto es, cuando se requieran medios probatorios adicionales para causar convicción sobre los puntos controvertidos. De presentarse el supuesto típico de falta de probanza respecto de los hechos alegados, debe recurrir a las reglas de carga de la prueba (**interpretación sistemática** de los artículos 196° y 200° del CPC). Estos institutos procesales lejos de contradecirse se complementan. El Juez nunca puede probar por las partes en caso de ausencia de medios probatorios; solo podrá complementar la actividad probatoria de las partes, jamás reemplazarlas porque en este supuesto estaría parcializándose.

- E. La jurisprudencia en sede nacional contempla que la decisión de actuación oficiosa debe ser razonable y adecuadamente motivada (principio constitucional de motivación, garantía del justiciable). Asimismo, se ha establecido que para que un fallo se sustente en prueba de oficio esta deberá ser declarada como tal por el Juez mediante la resolución correspondiente, pero no considerarla sin haberla admitido, de lo contrario la valoración por parte del juez de los medios probatorios sería arbitraria.
- F. Existe jurisprudencia contradictoria en sede nacional respecto a si los Jueces de segundo grado pueden ordenar al Juez inferior la actuación de medios probatorios de oficio; así se ha señalado que en aplicación del principio de «independencia jurisdiccional» contenido en el artículo 16° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ningún magistrado de instancia superior puede interferir en la actuación de los magistrados de instancias inferiores y disponer que estos actúen tales o cuales pruebas, las que podrán ser actuadas de oficio siempre y cuando, de acuerdo a la función discrecional del juez, este las considere necesarias (Casación N° 673-2000-Lima, de fecha 4 de mayo del 2000). Asimismo, en esta línea la Corte Suprema de Justicia de la República ha motivado: *Estando a que nuestro ordenamiento procesal civil recoge el sistema de la libre valoración de la prueba, si la instancia superior no está de acuerdo con la apreciación de los medios probatorios efectuados por el inferior, tiene expedita su atribución revocatoria del fallo apelado, pero no puede disponer que este varíe la convicción a la que haya arribado, ni mucho menos ordenarle actuar pruebas de oficio por ser una función discrecional del juez, y siempre y cuando no haya arribado a una convicción sobre los hechos materia de controversia* (Casación N° 2057-99-Lima de fecha 8 de junio del 2000). Por el contrario, compulsada la jurisprudencia a nivel de salas superiores que legalmente no pueden generar principios jurisprudenciales, se constata la situación en la que el Juez superior anula una sentencia que no tuvo en cuenta una determinada prueba y la devuelve al inferior «ordenándole» que actúe un medio probatorio de oficio. Aquí, se vulnera evidentemente el

principio de independencia judicial, ya que el legislador del Código Procesal Civil establece el principio de prueba razonable por el que la apreciación de la prueba no depende de la ley, como ocurría con el sistema de la prueba tasada o de tarifa legal, sino acoge la doctrina de la valoración razonada o libre valoración o sana crítica (artículo 197° del CPC). El sistema de la sana crítica es un proceso racional en el que el Juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas actuadas en el proceso.

- G. Por otra parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Resolución Casatoria N° 1249-99-Santa (publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de noviembre de 1999) ha señalado que cabe la actuación de prueba de oficio en segunda instancia: *Si el colegiado consideró necesario dichos medios probatorios (extemporáneos) para formar convicción, debió hacer uso del Art. 194° del CPC, que permite ordenar pruebas de oficio, facultad que puede utilizar en cualquier etapa del proceso. En la Casación N° 3067-00-Cañete: Que, el colegiado de mérito, si lo considera pertinente, puede disponer hacer uso de la facultad que confiere el Art. 194° del CPC. En la Casación N° 799-99-Arequipa (publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de noviembre de 1999) motiva: El artículo 51°, incisos 2 y 3, así como el Art. 194° de la norma procesal, autoriza a los jueces a actuar las pruebas que consideren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos... que así, la Sala Superior, al advertir situaciones descritas en la impugnada y considerar que los medios probatorios actuados en el proceso no son suficientes para crear en el Juez convicción sobre la materia en controversia, ha hecho uso de la facultad mencionada... que, siendo así, no puede sostenerse válidamente que al expedirse la impugnada se haya incurrido en la causal que se denuncia (contravención al debido proceso).*
- H. El tema de la prueba de oficio en segundo grado resulta polémico. El profesor ADRIÁN SIMONS PINO sostiene a este respecto: *Se podría discutir que no existiría posibilidad de cuestionar la valoración probatoria a*

*través de un medio de impugnación. Dado que la casación no lo permite. En tal sentido, se podría argumentar que habría una indefensión y una afectación al recurso efectivo (cuestionar la valoración probatoria de la prueba de oficio en segunda instancia*²⁶². Podría admitirse la posibilidad de una Casación excepcional sobre hechos, cuando se ha dispuesto prueba de oficio en segundo grado. A la prohibición de disponer prueba de oficio en segundo grado, se admite casos excepcionales, como es el caso de los medios probatorios extemporáneos, que exige un análisis caso por caso.

- I. Mención aparte merece los medios probatorios ofrecidos fuera de los actos postulatorios o de forma extemporánea, siendo posible que ocurra que en el transcurso del proceso hayan nuevas pruebas, y la respuesta del Juez de un ordenamiento procesal publicístico debe ser acoger la prueba que se encuentre dirigida al examen del objeto del proceso y que se considere prueba decisiva, siempre que se haya alegado en la causa petendi, pues se trata de la investigación de la verdad jurídica sobre los hechos alegados por las partes, siendo preferible, en tal materia, incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en una denegación (ver Casación N° 3639-2000-Cajamarca de fecha 18 de marzo del 2000). La prueba de oficio permite la incorporación de tales medios probatorios, por ejemplo, en el proceso sumarísimo de desalojo por causal específica de ocupación precaria, en el cual en ninguna de las sentencias se había evaluado los documentos acompañados al escrito de contestación a la demanda, si bien fueron presentados de forma extemporánea al proceso (principio de preclusión), tales demostrarían que la posesión que ejerce el demandado sobre el bien materia de la demanda está amparada en justo título (ver Casación N° 984-2005-Lima de fecha 21 de marzo de 2006); debiendo observarse, además, que en el proceso de desalojo se realiza un preexamen del derecho a poseer sobre la base de ciertos elementos materiales que el demandado debe exhibir si quiere mantenerse en la

²⁶² En: Tema “Los Poderes Probatorios del Juez”, Material de Enseñanza, diapositivas, junio 2009, archivo personal.

posesión, no importando un examen profundo del derecho a poseer como ocurre en el proceso de conocimiento de reivindicación.

- J. Se ha sostenido una «aparente incompatibilidad» entre la facultad discrecional del Juez para ordenar la actuación de pruebas de oficio con posterioridad al momento procesal que le correspondía frente al principio de preclusión, quedando librado a la «discreción» del Juez que podrá admitir la prueba o simplemente no admitirla, afirmando que en este caso...*no se está ante una iniciativa probatoria del Juez, fundada, como dice el artículo 194° CPC, en la insuficiencia de los medios probatorios por las partes, sino ante el ejercicio de un poder discrecional del Juez (no establecido en el CPC) de dejar de lado las preclusiones probatorias*²⁶³, frente a esta posición se ha llegado a afirmar que el principio de preclusión dispone la tramitación del proceso de manera tal que las partes tienen la carga de realizar determinados actos en fases determinadas, de modo que por aplicación del principio quedan firmes los actos realizados en tiempo útil y extinguidas las facultades no ejercidas; el principio de eventualidad o preclusión de la prueba persigue impedir que se sorprenda a una de las partes en conflicto con medios probatorios de último momento incorporados por la otra parte, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar eficazmente su defensa, así su inobservancia implica la pérdida de oportunidad para ejecutar un acto procesal, pero en modo alguno dicho principio limita, impide o colisiona con la facultad conferida al juzgador en el artículo 194° del CPC²⁶⁴.

6. LEGISLACIÓN COMPARADA

Las legislaciones procesales más relevantes del mundo occidental dentro de esquemas amplios o más conservadores, todas ellas, le otorgan al Juez poderes instructorios en materia probatoria. En un exhaustivo estudio el

²⁶³ Ariano Deho, Eugenia. Poderes probatorios del juez y sus paradojas. En: «Cuadernos Jurisprudenciales», suplemento mensual de «Diálogo con la Jurisprudencia» N° 42. Gaceta Jurídica. Lima, diciembre 2004, p. 21.

²⁶⁴ Herencia Ortega, Inés Gabriela. Las pruebas de oficio frente al principio de preclusión en el proceso civil. En: «Actualidad Jurídica», setiembre 2005. Gaceta Jurídica. Lima, p. 56.

profesor ADRIÁN SIMONS PINO detalla la legislación comparada en el tema de la prueba de oficio²⁶⁵, las mismas que se señalan a continuación:

a. El Código del Proceso Civil de Francia:

Artículo 10°: El Tribunal podrá acordar de oficio la práctica de todos los actos de prueba que resulten legalmente admisibles.

Artículo 143°: Los hechos de los que dependa la solución del litigio podrán ser objeto, a instancia de parte o de oficio, de cualquier medio de prueba que resulte legalmente admisible.

Artículo 144°: La práctica de pruebas podrá ser ordenada en cualquier momento del proceso, siempre que el Tribunal no disponga de elementos suficientes para resolver. Artículo 146°: Sólo podrá ordenarse la práctica de medios de prueba respecto de un hecho si la parte que lo hubiere alegado careciese de elementos suficientes para acreditarlo. Nunca podrá acordarse la práctica de medios de prueba llamados a suplir la negligencia de los litigantes en las tareas de búsqueda y aportación probatoria.

b. El Código Procesal Civil Alemán:

Artículo 139°: Impulso Procesal Material

1) El Tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, con las partes en las cuestiones de hecho y de derecho, aclarándolas y realizando preguntas.

Él tiene que lograr que las partes en forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, en especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los efectos de completarlos para describir los medios de prueba y para interponer las peticiones que se adecuen a la causa.

Artículo 142°: Orden de presentación de documentos

1) El Tribunal puede ordenar que una parte o un tercero presente documentos u otros objetos que se encuentren en su poder, a los cuales una parte hizo remisión. El Tribunal puede imponer un plazo y ordenar que la documentación permanezca por un determinado tiempo en la secretaría del Tribunal.

²⁶⁵ En: Tema “Los Poderes Probatorios del Juez”, Material de Enseñanza, diapositivas, junio 2009, archivo personal.

Artículo 144º: Inspección Ocular; prueba pericial

1) El Tribunal puede ordenar la inspección ocular como así también un dictamen pericial. Para ello puede emplazar a una parte o a un tercero para que ponga a disposición el objeto que se encuentra en su poder. Pueden incluso ordenarse medidas de acuerdo con la primera oración de este párrafo, en tanto y en cuando no afecten una vivienda.

Artículo 273º: Preparación de la audiencia.-

(...)

2) Para la preparación de cada audiencia el Presidente o alguno de los miembros del Tribunal designados por aquel puede:

(...)

3. Solicitar a Organismos o a quien ejerza funciones públicas la entrega de documentos o el otorgamiento de informes oficiales;

(...)

4. Decidir sobre la citación y orden de comparecencia para los testigos, de acuerdo con el artículo 378º, con relación a los cuales las partes han referido, y sobre los peritos para que participen en la audiencia oral.

c. Ley de Enjuiciamiento Civil Española del 2000:

Artículo 429º: Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del Juicio.- 1) Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o los hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria.

Al efectuar esta manifestación, el Tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal.

Artículo 435°.- Diligencias finales. Procedencia.

(...)

2. Excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

d. Código de Procedimiento Civil de Argentina:

Artículo 401°: Diligenciamiento de Oficio.

Concluido el lapso probatorio, el Juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias:

1. Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro.
2. Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario.
3. La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes.
4. Que se practique inspección judicial en algún lugar, y que se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.
5. Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias se oirán las observaciones de las partes en el acto de informes.

e. Código de Procedimiento Civil de Chile:

Artículo 326°.- Es apelable la resolución en que explícita o implícitamente se niegue el trámite de recepción de la causa a prueba, salvo el caso del inciso 2º del artículo 313º. Es apelable sólo en el efecto devolutivo la que acoge la reposición a que se refiere el artículo 319º.

Son inapelables las resoluciones que disponen la práctica de alguna diligencia probatoria y la que da lugar a la ampliación de la prueba sobre hechos nuevos alegados durante el término probatorio.

f. Código General del proceso de la República Oriental de Uruguay:

Artículo 24º: Facultades del Tribunal

El Tribunal está facultado para:

(...)

4. Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;

5. Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito;

(...)

Artículo 139º: Carga de la Prueba.-

139.1. Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

139.2 La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.

g. Código de Procedimiento Civil de Colombia:

Artículo 37: Deberes del Juez.

Son deberes del Juez:

(...)

4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

Artículo 179º: Prueba de Oficio y a petición de parte

Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el Magistrado o Juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas, o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

h. Federal Rules Of Evidence (Legislación Estadounidense)

Rule 614 A. Le atribuye al Juez poder para ordenar de oficio pruebas testimoniales.

Rule 614 B. Le atribuye al Juez poder de interrogatorio a los testigos.

Rule 706. Le atribuye al Juez poder de ordenar de oficio consultorías técnicas, nombrando a experto.

i. Civil Procedure Rules (Inglaterra)

En las normas inglesas (rules) no existe la permisión respecto a que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio. Sin embargo, sí le otorga al Juez poderes para controlar y supervisar la prueba (*control the evidence*).

La Rule 32.1 establece el poder del Juez para precisar a las partes el tipo de prueba que pueden aportar y la manera de producirlas en el proceso.

La Rule 18.1 permite al Juez ordenar a las partes proveer explicaciones e informaciones.

La Rule 35.15 le permite al Juez nombrar asesores expertos cuando se trata de decidir sobre materias que requieren conocimientos específicos.

Como se puede apreciar el Juez inglés cuenta con poderes de dirección y

control sobre la adquisición de la prueba.

j. Anteproyecto del Código Procesal Civil de Chile:

Artículo 27º: Facultades del Tribunal

El Tribunal está facultado para:

(...)

4. Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho a la defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley;

5. Disponer en cualquier momento, durante la audiencia de juicio, la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito.

(...)

Obsérvese que dicha “propuesta” tiene como fuente el artículo 24º numerales 4 y 5 del Código General del Proceso de la República Oriental de Uruguay, de igual texto.

7. CONCLUSIONES PARCIALES

- A. Es un **poder discrecional**, y por tanto una manifestación concreta del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva a fin de evitar el **fraude procesal** y buscar la **verdad relativa o procesal**. Lo trascendente en el tema de la prueba de oficio es establecer cuáles son los límites a la iniciativa probatoria del juez; estos son: a. Que se limite a los hechos controvertidos o discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo–, so pena de incurrir la sentencia en incongruencia en cuanto al modo; b. Que se limite a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial; y, c. Que se permita el ejercer el derecho de defensa a las partes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Observemos que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa.

- B. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad en la aplicación de la norma procesal. La iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio es, en principio, constitucionalmente admisible, en tanto y en cuanto observe los presupuestos para su aplicación señalados en la ley procesal y se ajuste a los límites desarrollados por la doctrina procesal para el caso peruano (diseño de aplicación); además, la decisión judicial que ordene de oficio la actuación de un medio probatorio debe cumplir la exigencia constitucional de la motivación, es decir, debe ser razonable y adecuadamente motivada.
- C. Nuestro Código Procesal Civil omite en el diseño de aplicación de la prueba de oficio la limitación sobre la iniciativa probatoria del Juez; por lo que esta omisión puede ser subsanada mediante una **interpretación sistemática** con los artículos 188° y 190° del código, que regulan la finalidad, pertinencia e improcedencia de los medios probatorios como resultado de la labor de interpretación jurisprudencial. Asimismo, la concordancia con el artículo 51° numeral 2 del código que establece: *Los jueces están facultados para... 2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes*". Si el juez decide ejercer dicho poder discrecional (rol probatorio subsidiario), debe garantizar el derecho al contradictorio y el derecho a la prueba de las partes. Es conveniente disponer normativamente –en una reforma procesal– la limitación del poder de ordenar pruebas a las fuentes probatorias que ya existen en los autos, que evite poner en peligro la debida imparcialidad judicial, debiendo establecerse además "respetando el derecho de defensa de las partes".
- D. Las tendencias de la jurisprudencia peruana permiten la incorporación de medios probatorios ofrecidos extemporáneamente cuando tengan vital importancia en el examen del objeto del proceso, siempre que se haya alegado en la *causa petendi*. Asimismo, existe jurisprudencia del Supremo Tribunal que hace prevalecer el principio de independencia judicial, en el caso de que los órganos jurisdiccionales revisores o de segundo grado

anulen las sentencias señalándole al Juez de primer grado el mensaje concreto que debió de oficio actuar un determinado medio probatorio o con el mensaje general y abstracto que debió haber hecho uso de la facultad dispuesta en el artículo 194 del CPC. Lo trascendente es saber que decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un «vacío cognoscitivo».

- E. En la búsqueda del convencimiento judicial acerca de lo discutido en el proceso, tanto las partes como el Juez deben mutuamente colaborar, lo que no supone sustituir a la parte, sino tan solo afirmar su compatibilidad. El Juez puede complementar o integrar las iniciativas probatorias de las partes, cuando éstas parecen insuficientes para permitir la adquisición de todas las pruebas que hacen falta para formular una decisión que verifica la verdad de los hechos.

CAPÍTULO 6: TEORIA DE LA IMPUGNACION PROCESAL. LAS IMPUGNACIONES EN EL PROCESO CIVIL.

Sumario: I. PARTE GENERAL. 1. El derecho a la impugnación como garantía del doble grado y su rango o categoría constitucional. 2. Supuestos de inimpugnabilidad. 3. Impugnabilidad del Auto Admisorio. 4. El derecho al recurso sencillo y efectivo consagrado en el artículo 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica (artículo 3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) entendido, en una de sus versiones, como el “acceso a una corte conformada por jueces independientes e imparciales” es garantizado por el Estado. **II. PARTE ESPECIAL.** De los recursos en general. 5. Clasificación de medios impugnatorios regulados como tales en el sistema procesal civil. Clases de recursos. 6. Tratamiento de la nulidad procesal en el sistema procesal civil: la nulidad como un “incidente impugnativo” y los supuestos de aplicación. 7. Tratamiento de los presupuestos o requisitos para la procedencia de los recursos ordinarios contemplados en el sistema procesal civil. El deber de fundamentar el recurso que se interpone, invocar agravio, vicio o error en la resolución recurrida. 8. Efectos reconocidos en el sistema procesal civil frente a la interposición de un recurso: efecto suspensivo, sin efecto suspensivo y con efecto diferido. 9. Principios de la impugnación procesal. **III. PARTE ESPECIAL.** Del recurso de casación. 10. Los sistemas casatorios en el civil law: Italiano-francés-español-alemán. Sistema casatorio peruano. 11. Proceso de revisión civil por fraude procesal.

I. PARTE GENERAL.

1. EL DERECHO A LA IMPUGNACIÓN COMO GARANTÍA DEL DOBLE GRADO Y SU RANGO O CATEGORÍA CONSTITUCIONAL.

Como ya se ha mencionado, el derecho a un debido proceso supone la observancia rigurosa por todos los que intervienen en un proceso no sólo de las reglas que regulan la estructuración de los órganos jurisdiccionales, sino también de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio.

La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin: es por ello que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sólo es aplicable dentro del proceso judicial. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite que el proceso cumpla con sus fines. En esa posición se señala: *Mientras la tutela jurisdiccional efectiva tiene como finalidad la satisfacción de los intereses de los particulares a través de un proceso; el derecho al debido proceso será ese conjunto de garantías procesales que debe contar todo particular en todo tipo de procedimiento sea este jurisdiccional o no. Es decir, el derecho a la tutela jurisdiccional sería una visión de unión entre derecho sustancial y proceso judicial. Se quiere que las situaciones jurídicas sean efectivas; se den en el plano real. Y ello se da precisamente tan a sólo través de un proceso jurisdiccional. El debido proceso por el contrario, sería un sinónimo de respeto a garantías procesales* ²⁶⁶.

Al regular nuestro Código Procesal Civil el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en el artículo I del Título Preliminar, concordante con la norma del artículo 139° numeral 3 de la Constitución Política, se ha privilegiado el valor procesal «eficacia». Por nuestra parte, diremos que es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un «complejo de derechos»: derecho de acceso de la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. La cualidad de «efectividad» se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de

²⁶⁶ Hernán Jordán Manrique, “Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional”, Revista de Derecho Foro Jurídico, Año II, N° 4, 2005, p. 79.

que el proceso cumpla realmente con los fines a que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, y comprende un complejo de derechos que forman parte de su contenido básico: a. El acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona a promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; b. El derecho a un debido proceso; c. El derecho a una resolución fundada en derecho (sistema de fuentes); y, d. El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (eficacia procesal).

El derecho a la impugnación constituye parte del derecho fundamental al debido proceso formal o procesal, por ello la jurisprudencia en sede nacional señala que tiene un reconocimiento implícito en la Constitución Política, como ocurre con el derecho a la prueba.

2. SUPUESTOS DE INIMPUGNABILIDAD.

Como sabemos, nuestro Código Procesal Civil contempla un catálogo de resoluciones inimpugnables por tanto debiéramos hablar del derecho a la impugnación con arreglo a ley.

Como se desarrolló anteriormente, si se apela la resolución que pone fin al proceso si podemos hablar de segundo grado. Si se apela de una resolución interlocutoria no estaremos ante un segundo grado, sino ante el simple reexamen de la resolución por un Juez distinto. Esta distinción trae una consecuencia, sólo será constitucionalmente exigible el que las resoluciones finales del proceso sean apelables. En cambio, si la ley (como ocurre en numerosos casos en nuestro Código) establece que un determinado auto interlocutorio no es apelable ello es perfectamente legítimo desde el punto de vista constitucional. En estos casos no se viola el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El Juez tiene la facultad de actuación de medios probatorios de oficio, poder discrecional que no es ilimitado, pues de serlo es muy probable que se cause perjuicio a las partes y que el Juez se parcialice. El maestro Juan Monroy

Gálvez enseña que la facultad es una situación jurídica propia de las relaciones de derecho privado; el Juez, al estar por encima de las partes y al deberse a fines que superan las esferas de interés de éstas, sino de carácter general, se maneja con poderes.

Bajo la concepción de un Estado democrático y un sistema procesal publicístico estamos ante un poder eminentemente discrecional y no ante un deber. Será poder cuando el Juez desarrolle un papel subsidiario o marginal en la obtención de la prueba.

Es un tema importante destacar que en principio si el Juez decide no actuar un medio probatorio no existirá vicio alguno por ser una función discrecional, pues la actividad de probar le corresponde a las partes y el Juez solo la complementa en caso de que lo considere adecuado. Aunque también es necesario mencionar que es negativamente sintomático que los Jueces no hagan uso de ella. La prueba de oficio no sólo se encuentra sustentada por la discrecionalidad judicial, sino también por el objeto del proceso. Es decir, hay situaciones donde el Juez necesariamente debe extraer medios probatorios de los hechos alegados por las partes, aunque éstas no las hayan considerado como merecedores de probanza.

La jurisprudencia en sede nacional contempla que la decisión de actuación oficiosa debe ser razonable y adecuadamente motivada (principio constitucional de motivación, garantía del justiciable). Asimismo, se ha establecido que para que un fallo se sustente en una prueba de oficio esta deberá ser declarada como tal por el Juez mediante la resolución correspondiente, pero no considerarla sin haberla admitido, de lo contrario la valoración por parte del Juez de los medios probatorios sería arbitraria.

El Código Procesal Civil señala que la decisión del Juez de disponer prueba de oficio es inimpugnable, lo cual no significa que se pueda apelar cuando no se cumpla con los presupuestos ni límites a la iniciativa probatoria, ya que ésta debe ser razonable y adecuadamente motivada.

3. IMPUGNABILIDAD DEL AUTO ADMISORIO.

Negamos que se pueda sostener que el auto admisorio es inimpugnable en razón que no exista norma procesal que lo regule expresamente, sustentada la posición en el derecho a la impugnación con arreglo a ley, como contenido básico del derecho al debido proceso.

Si bien un sector de la doctrina y jurisprudencia nacional ha establecido la inimpugnabilidad del auto admisorio, señalando como característica principal que promueve un proceso y fija el canal procesal que se inicia cuando se interpone la demanda, puede la misma ser entendida dentro del concepto de decreto admisorio (impulso del proceso) al que nos remitía el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 y no tratándose del auto admisorio que debe calificar requisitos de admisibilidad y procedibilidad regulados en el Código Procesal Civil, teniendo presente además la regulación de las causales de improcedencia liminar previstas por el artículo 427°, algunas de las cuales no son supuestos que se puedan configurar como excepciones, como es el caso de la indebida acumulación de pretensiones, la falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio. Asimismo, tratándose del proceso de ejecución, procede la apelación contra el mandato ejecutivo, el mismo que debe concederse sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

La figura de la inimpugnabilidad del auto admisorio supone la imposibilidad del demandado de cuestionar la decisión tomada por el Juez en la calificación inicial de la demanda, principalmente en la existencia de los presupuestos procesales y los requisitos para un pronunciamiento válido sobre el fondo.

Discrepamos de la posición de un sector de la doctrina nacional, como es el caso del profesor Dante Apolín Meza, que considera que no resulta procedente impugnar esta resolución a través de un recurso de apelación o a través de un pedido de nulidad, siempre que la causa o el sustento de dichos recursos sea el mismo que pudiera haber motivado una defensa de forma nominada o innominada, señalando que en consecuencia el recurso de apelación no será el medio de impugnación adecuado para cuestionar la

validez de la relación jurídica procesal declarada de manera provisional en el auto admisorio. Afirmando que las instituciones procesales creadas para cumplir esta función son las excepciones o las defensas de forma en general²⁶⁷.

De lo expuesto, planteamos como tesis:

Es posible la apelación del auto admisorio, si bien no exista norma expresa del Código Procesal Civil, dependiendo del agravio sustento de la pretensión impugnatoria y además estando al hecho que mediante excepciones no se pueden cuestionar todas las causales de improcedencia de la demanda.

4. EL DERECHO AL RECURSO SENCILLO Y EFECTIVO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 25.1 DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA (ARTÍCULO 3.A DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS) ENTENDIDO, EN UNA DE SUS VERSIONES, COMO EL “ACCESO A UNA CORTE CONFORMADA POR JUECES INDEPENDIENTES E IMPARCIALES” ES GARANTIZADO POR EL ESTADO.

Forma parte del contenido básico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el derecho de acceso a la justicia y el derecho de acceso a los recursos, asimismo, la observancia del principio de igualdad entre las partes dentro de todo proceso. Los justiciables tienen derecho a la tutela judicial efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos, con sujeción a un debido proceso, y que no se cumple con esta garantía elevada a rango constitucional, si el Juez en cualquiera de sus grados desconoce el principio de igualdad que deben tener las partes en el proceso.

El principio de igualdad a las leyes procesales no solo debe entenderse en cuanto a los plazos establecidos por la ley procesal, sino el factor tiempo del proceso es un desequilibrio que el Juez debe equilibrar. Otra consecuencia que se deduce es la de que en el curso del proceso las partes gozan de

²⁶⁷ Ver “Impugnación y Adecuación: Sobre la mal considerada inimpugnabilidad del auto admisorio”, publicado en la Revista de Derecho Thémis, Lima, N° 58 Derecho Procesal Civil, 2010, pp. 57, 58 y 59.

iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *audiatur ex altera parts*.

El Estado garantiza el derecho de acceso a una Corte conformada por Jueces independientes e imparciales, principios procesales de orden constitucional que se encuentran consagrados en el artículo 139° de la Constitución Política. El principio de prohibición de avocamiento es un corolario del principio de independencia del Juez a la Constitución y a la ley.

II. PARTE ESPECIAL. De los recursos en general.

5. CLASIFICACIÓN DE MEDIOS IMPUGNATORIOS REGULADOS COMO TALES EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL. CLASES DE RECURSOS.

Nuestro Código Procesal Civil clasifica a los medios impugnatorios en remedios y recursos, estableciendo que los primeros se dirigen contra actos procesales no contenidos en resoluciones y los segundos contra actos procesales contenidos en resoluciones (artículo 356°).

De esta disposición general aplicable a todos los medios impugnatorios se extrae que para impugnar debe haber agravio, y que el nuevo examen puede realizarlo el mismo órgano jurisdiccional que expidió la resolución u otro superior, más no puede entenderse que el nuevo examen solo corresponde a éste último, pues el Código no lo establece así. Favorece esta conclusión la disposición contenida en el artículo 176° del Código que autoriza a plantear la nulidad en la primera oportunidad que tuviera el perjudicado antes de la sentencia, pues luego de ella sólo cabe apelar. Es evidente que antes de la sentencia significa que se debe formular el pedido ante el Juez que va a sentenciar y no ante el superior. Esta misma disposición prevé que la nulidad por vicios ocurridos en segunda instancia se formula en la primera oportunidad.

Lo que se quiere entonces es que el mismo órgano jurisdiccional revise si tales defectos existen o no, debiendo dictar nueva resolución si se ampara la nulidad o desestimarla si no existen los defectos denunciados. Desde esta perspectiva el pedido de nulidad procesal no debe entenderse como un medio

dilatorio, sino como una herramienta para corregir vicios con prontitud, lo que explica y justifica por qué debe plantearse ante el mismo Juez que dictó la resolución. Naturalmente que si el justiciable agraviado opta por apelar con fundamento de nulidad (en lugar de formular exclusivamente la nulidad ante el mismo órgano jurisdiccional), la revisión se circunscribirá a evaluar si la resolución cuestionada reúne o no los requisitos de validez, más el empleo de esta opción no debe significar que sólo cabe apelar y nada más.

Por regla general no procede plantear exclusivamente el recurso de nulidad contra sentencias ni autos finales, en cuyo caso debe interponerse el recurso de apelación con fundamento de nulidad cuando se considere que la resolución carece de requisitos de validez. Lo dicho se desprende de lo preceptuado en el artículo 176° del Código Procesal Civil cuando señala que una vez sentenciado el proceso en primera instancia el pedido de nulidad debe alegarse en el escrito de apelación, y de la prescripción contenida en el artículo 382° del mismo Código cuando establece que: “...*el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada*”. Asimismo, tratándose de los decretos, lo que corresponde es el recurso de reposición más no el de nulidad.

El efecto suspensivo implica que la resolución apelada no surtirá sus efectos hasta que la apelación no sea resuelta. Al respecto, debe tenerse presente que el efecto suspensivo procede en resoluciones que ponen fin al proceso, como regla general, salvo las excepciones que el propio Código señala. El artículo 371° del Código concede apelación con efecto suspensivo, cuando la resolución impide la continuación del proceso. Se encuentran en esta categoría las resoluciones que resuelven la calificación de la demanda por causales de improcedencia, las excepciones procesales y defensas previas, el saneamiento procesal (artículos 427°, 450°, 451° y 465°).

Mediante la impugnación procesal las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente

afectado por vicio o error. Por ende, de acuerdo con el artículo 364° del CPC el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Son recursos ordinarios el de reposición (específico contra decretos, cuya finalidad es provocar que el propio Juez que emitió el decreto lo reexamine con la finalidad de que sea revocado), apelación (a través de él se hace efectiva la garantía constitucional de la doble instancia) y queja (específico contra aquellos autos que deniegan el recurso de apelación o de Casación; también procede cuando se concede el recurso de apelación en efecto distinto al solicitado). El único recurso extraordinario es el de casación.

La apelación regulada en nuestro Código Procesal Civil sigue la **tesis revisora** como casi toda la legislación comparada, se trata del mismo proceso dividido en distintos grados. Excepcionalmente, se permite en algunas manifestaciones de tutela jurisdiccional (proceso de conocimiento y proceso abreviado) pruebas ofrecidas en segundo grado.

En el grado de apelación pueden darse los siguientes pronunciamientos: se puede anular, revocar o confirmar la resolución impugnada como resulta del artículo 364° del Código Procesal Civil; que dependerán de la existencia de un vicio que motive la anulación, de la discrepancia con el pronunciamiento emitido por el a-quo o de su concordancia con él, aun cuando se cuente con distinta motivación, respectivamente.

La extensión de los poderes del segundo grado está presidida por un postulado que limita el conocimiento del Superior, recogido históricamente en el aforismo *tantum appellatur quantum devolutum*, en virtud del cual el tribunal de alzada solamente puede conocer mediante la apelación de los agravios que afectan al impugnante. El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea

anulada o revocada, total o parcialmente, según lo dispone el artículo 364° del Código Procesal Civil. El artículo 366° del Código acotado establece que el apelante tiene que específicamente indicar *“el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio”, “sustentando su pretensión impugnatoria”*.

El diseño por el que optó nuestro sistema procesal civil es concebir al órgano judicial de revisión como un “grado” y no como “instancia”, de ahí que se considera que la “fundamentación del agravio” tiene como fin delimitar el ámbito de competencia del órgano jurisdiccional que revisa la decisión impugnada. El verdadero fundamento para el derecho de impugnar se encuentra en la existencia de un agravio o afectación trascendente a una o ambas partes del proceso. Es precisamente la existencia o no del agravio lo que hace que en determinados ordenamientos procesales, como es el caso peruano, se establezca que determinadas resoluciones son inimpugnables, es decir, se debería hablar de un derecho a la impugnación con arreglo a ley como contenido del derecho al debido proceso.

En virtud del **principio de profundidad**, el grado superior puede revisar la causa “en profundidad” (no del proceso), aunque está limitado por la pretensión impugnatoria, es decir, lo que está ligado a la *causa petendi* del recurso (lo relevante). La profundidad del efecto devolutivo determina las cuestiones que deben ser examinadas por el *ad quem* al momento de resolver. El *ad quem* debe apreciar todos los fundamentos del pedido y de la defensa que tuvo en cuanta el a quo. En profundidad la facultad del *ad quem* es amplísima. El Código Procesal Civil no ha asumido el principio de beneficio común del recurso, en virtud del principio de limitación. En función al principio de profundidad, los Jueces superiores pueden extraer una conclusión de una prueba que ha sido valorada de manera distinta, como por ejemplo, si la demanda tiene dos fundamentos de la pretensión procesal, puede ocurrir que la sentencia de primer grado tome un argumento de la demanda y la Sala revisora puede usar el otro fundamento de la demanda.

El objeto de la consulta o revisión obligatoria tiene como propósito de que la resolución sea revisada tanto en su aspecto formal como en el fondo, como una especie de garantía para obtener una decisión correcta en determinados casos especiales. El maestro JUAN MONROY GÁLVEZ enseña que la consulta es un trámite procesal impuesto por la norma. Se parece al recurso porque es contra resolución y produce el mismo efecto que este. No se parece en que no hay agravio, no hay error, no es a pedido de parte y no exige interés en recurrir. Lo que hay es un interés público (fin mediato extraordinario). Su nombre debe ser **revisión obligatoria**.

6. TRATAMIENTO DE LA NULIDAD PROCESAL EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL: LA NULIDAD COMO UN “INCIDENTE IMPUGNATIVO” Y LOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN.

Como sabemos, la nulidad procesal es el estado de anormalidad del acto procesal originado por la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o de vicios existentes en ellos que lo colocan en la situación de ser declarado judicialmente inválido, el cual puede ser declarado de oficio o a pedido de parte.

La nulidad se manifestará mediante un medio de impugnación que se realizará sobre actos procesales no contenidos en resoluciones, siendo llamados, en estos casos, remedios (artículo 356°); sin embargo, la nulidad también podría plantearse sobre actos procesales constituidos en resoluciones judiciales, por lo que también podrían ser considerados como recursos. Esta idea se ve reforzada con el artículo 382° del Código Procesal Civil, que señala: *el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad*. Por ello, el artículo 360° del Código citado establece la prohibición de la parte de interponer doble recurso contra una misma resolución.

Es relevante para el tema planteado que se considere la naturaleza de los vicios denunciados, es decir si son subsanables o insubsanables, pues de ello depende la oportunidad de su presentación. En efecto, si el vicio es subsanable, debe pedirse la nulidad en la primera oportunidad, mientras que si

es insubsanable no es condición la primera oportunidad, pues como su nombre lo sugiere estas nulidades no se convalidan y pueden pedirse en cualquier oportunidad con resultados exitosos si se acredita su viabilidad.

De acuerdo a lo expuesto, no queda duda que si se considera que la resolución carece de alguno de los requisitos de validez previstos en la ley, lo que corresponde es pedir la nulidad de dicha resolución, a fin que el propio Juez corrija el vicio en caso de ampararla o desestimarla si es inviable.

En el supuesto de las nulidades por falta de excepción, el artículo 454° del Código acotado prohíbe al demandado proponer la nulidad si existe excepción para tal efecto. Por interpretación a contrario de esta norma, es fácil colegir que si la ley no establece la excepción para ciertos hechos, se puede alegar la nulidad. Estos casos se pueden presentar en las causales de improcedencia de la demanda de: falta de interés para obrar, petitorio física y jurídicamente imposible, falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, indebida acumulación de pretensiones.

El supuesto de la nulidad pese a existir excepción, podría llevarnos a encontrar una aparente infracción a la regla procesal establecida en el artículo 454° del Código citado. Sin embargo, consideramos que tratándose de vicios insubsanables tal aserto es inviable, dado que si la nulidad es absoluta por vicio insubsanable, nada se convalida. Por ende, si el demandado formula la nulidad en lugar de proponer la excepción, el Juez no tiene más opción que acoger la nulidad una vez que comprueba la existencia del defecto insubsanable, es decir no puede desestimarla en virtud de la regla del artículo 454°. Esta solución es aplicable incluso si la nulidad es propuesta sin observar la primera oportunidad que tuviera el demandado perjudicado, o si lo hace fuera del plazo para excepcionar, o si lo propone como parte del recurso de apelación, que según el artículo 382° del Código contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada, e incluso si lo invoca en el recurso de casación en

los procesos donde sea posible²⁶⁸.

Independientemente de los filtros y controles de la calificación de la demanda y de la etapa de saneamiento procesal, la tarea de saneamiento debe hacerse durante todo el desarrollo del proceso, es decir sin esperar necesariamente a que tales momentos procesales se realicen. Así fluye de la regla contenida en el artículo 176° in fine del Código Procesal Civil, en virtud de la cual los Jueces pueden declarar de oficio las nulidades insubsanables, alternativa que permite proceder así cuando estos vicios se refieren a los presupuestos procesales. Los procesos sirven para resolver conflictos, más si en su desarrollo se evidencia vicios insubsanables, el Juez debe tomar la decisión respectiva. Pudiendo hacerlo de oficio también puede actuar a pedido de parte.

No siempre es posible utilizar la excepción procesal para denunciar un defecto por no existir en la ley una pertinente, o porque tratándose de un defecto insubsanable simplemente puede denunciarse su presencia en cualquier momento procesal, a pesar de haber excepción para ello que no haya sido utilizada.

Debe atenderse a los alcances de la **instrumentalidad del proceso**, es decir, la concepción del proceso no como un fin, sino como un medio para la concreción de la tutela efectiva de los derechos materiales (principio de efectividad), de los valores políticos y democráticos de la Constitución Política y, sobre todo, la pacificación social. El formalismo nunca debe sobreponerse a los fines del proceso, porque a estos sirve, de ahí la trascendencia del principio de elasticidad de las formas procesales a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con los principios que integran la teoría de la nulidad procesal, entre ellos, el principio de convalidación.

La efectividad calificada, en perspectiva dinámica, implica, en primer lugar, el

²⁶⁸ Martel Chang, Material de autoaprendizaje base Derecho Procesal Civil, Los presupuestos procesales y su control, Lima, AMAG, 2009, pp. 63, 66 y 67.

derecho de la parte a la posibilidad seria y real de obtener del Juez una decisión de mérito, alejándose, siempre que sea posible, de los obstáculos formales que impidan esa finalidad. Además, la efectividad calificada exige que la tutela jurisdiccional se adapte a la naturaleza de las situaciones subjetivas tutelables, de manera que sea plenamente satisfecha la *necesidad de protección* manifestada en la demanda²⁶⁹.

La solución procesal más justa de la desigualdad material debe buscarse, tomando en consideración la llamada “nueva instrumentalidad del proceso” – analizada con detalle por DINAMARCO²⁷⁰. CÁNDIDO RANGEL DINAMARCO en su obra “La instrumentalidad del proceso” señala que la perspectiva instrumentalista del proceso es teleológica por definición y el método teleológico conduce invariablemente a la visión del proceso como instrumento preparado para la realización de los objetivos específicos. Técnica procesal es, *la predisposición ordenada de medios destinados a la realización de los objetivos procesales*. Ésta es, intencionalmente, una concepción teleológica de la técnica. El movimiento renovador del derecho procesal postula que los ideales de *ampliación de la tutela jurisdiccional* se traduzcan en técnicas capaces de mejorar los resultados presentados a los usuarios del servicio de justicia. El proceso es un instrumento al servicio del derecho sustancial.

7. TRATAMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS ORDINARIOS CONTEMPLADOS EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL. EL DEBER DE FUNDAMENTAR EL RECURSO QUE SE INTERPONE, INVOCAR AGRAVIO, VICIO O ERROR EN LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

Los recursos se utilizan exclusivamente para atacar a los actos contenidos en

²⁶⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En: Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, octubre 2008, p. 75.

²⁷⁰ A instrumentalidade do processo- 6.a Ed., 1998, a través de un buen sistema de asistencia jurídica gratuita Citado por David Vallespín Pérez. Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil. En: Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, octubre 2008, p. 93.

resoluciones. Los requisitos de admisibilidad de un recurso son aquellos que están ligados con el lugar, el tiempo y la formalidad de su interposición. Los requisitos de procedencia del recurso son fundamentalmente tres: la adecuación del recurso, la descripción del agravio y la fundamentación del vicio o error. El artículo 367° parte final del Código Procesal Civil dispone que el Superior también puede declarar inadmisibile o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión. En este caso, además, declarará nulo el concesorio.

Puede ocurrir que la impugnación formulada contra la resolución apelada no guarda ninguna conexión con los fundamentos y agravios expresados toda vez que la resolución recurrida contiene disposiciones totalmente distintas a los fundamentos de la apelación; habiéndose determinado que la resolución que realmente se quiere impugnar ha quedado consentida, lo cual evidencia falta de conexidad entre los requisitos de procedibilidad para el concesorio del recurso de apelación tal como lo exige el artículo 358° del Código Procesal Civil concordante con el artículo 128°, inciso 5) del artículo 427 del mismo cuerpo normativo.

El artículo 366° del Código acotado establece que el apelante tiene que específicamente indicar *el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio, sustentando su pretensión impugnatoria*.

El diseño por el que optó nuestro sistema procesal civil es concebir al órgano judicial de revisión como un “grado” y no como “instancia”, de ahí que se considera que la “fundamentación del agravio” tiene como fin delimitar el ámbito de competencia del órgano jurisdiccional que revisa la decisión impugnada. El verdadero fundamento para el derecho de impugnar se encuentra en la existencia de un agravio o afectación trascendente a una o ambas partes del proceso. Es precisamente la existencia o no del agravio lo que hace que en ciertos ordenamientos procesales, como es el caso peruano, se establezca que determinadas resoluciones son inimpugnables, es decir, se

debería hablar de un derecho a la impugnación con arreglo a ley como contenido del derecho al debido proceso.

El objeto del recurso de apelación es la pretensión impugnativa del apelante, que indica el pronunciamiento o decisión impugnados y el sentido de la nueva resolución que se pretende. El precepto más directamente referido a la petición impugnativa es el artículo 364° del Código Procesal Civil. De esta norma y de otras pueden deducirse tres modalidades de la petición impugnativa:

- a. Peticiones impugnativas consistentes en instar la revocación de la sentencia sobre el objeto del proceso y la emisión de una nueva sentencia sobre el objeto del proceso y la emisión de una nueva sentencia favorable.
- b. Peticiones impugnativas consistentes en instar la revocación de resoluciones procesales no ajustadas a derecho y la emisión de una nueva resolución sobre la cuestión.
- c. Peticiones impugnativas consistentes en instar la nulidad o anulación de la resolución y, en su caso, del proceso antecedente, por infracción de normas y garantías procesales en la primera instancia.

Es decir, junto a los motivos de fondo, el otro gran grupo de causas que justifican un recurso de apelación lo integran los denominados vicios *in procedendo* o quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, acontecidos a lo largo de la tramitación de la primera instancia, incluida la propia sentencia final.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende la utilización de los recursos legalmente establecidos, y singularmente el de Casación, y que, por tanto, infringe aquel derecho fundamental cualquier decisión de inadmisión de un recurso que no se funde en la aplicación razonada y razonable de una causa legal de inadmisibilidad o improcedencia, esto es, en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales.

De lo expuesto planteamos como tesis:

Se vulnera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva con la inadmisión de un recurso ordinario o extraordinario.

Resulta saludable que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República haya establecido mediante Resolución Casatoria No. 3247-2002-La Libertad de fecha 20 de octubre del 2003, que se aparta del criterio jurisdiccional primigenio, en cuanto ha venido negando reiteradamente la viabilidad de los recursos extraordinarios de casación planteados contra autos que declaran la improcedencia de una demanda, posición que es modificada permitiendo en sede casatoria el reexamen del rechazo de una pretensión.

En efecto, existía un criterio jurisprudencial que declaraba la inadmisibilidad (entiéndase improcedencia) del recurso de Casación contra el auto que declara improcedente una demanda, al no existir un “proceso válido”, teniendo en consideración que sólo con el emplazamiento con la demanda se considera existente un proceso, que constituye consecuencia lógica de la calificación positiva de la demanda hecha por el juzgador (ver Auto calificadorio del recurso de Casación de fecha 22 de junio de 1995, expedido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República).

Existen básicamente dos **presupuestos de la pretensión impugnatoria**:

- a. Interés y Legitimidad:** Sólo impugna quien sufre el agravio, que es el perjuicio que alega el recurrente haber sufrido como consecuencia del contenido de una resolución judicial. Impugna quien es parte en el proceso o tercero legitimado (se incluye al tercero coadyuvante), también el tercero agraviado. El agraviado debe manifestar EXPRESAMENTE su voluntad.
- b. Error:** El proceso, acto o negocio procesal esté afectado de error. El error puede ser:
 - i. Error de actividad procesal (*in procedendo*), es aquél error en la aplicación de las normas procesales. Es un vicio que lo comete el Juez o las partes. Producen como efecto la nulidad del acto procesal o del proceso por un defecto en su construcción. Persigue un EFECTO RESOLUTORIO. En el error in procedendo se declara la invalidez de la

resolución impugnada. Dependerá de la naturaleza del agravio;

- ii. Error de juicio (*in judicando*), es aquél error en la aplicación del derecho material discutido. Solo lo comete el Juez quien debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, en virtud del aforismo *iura novit curia*. Persigue un EFECTO REVOCATORIO. En el error *in judicando* la subsanación del vicio corresponde al propio órgano jurisdiccional revisor.

En el caso de vicio insubsanable lo declara el órgano revisor aun cuando la parte impugnante haya planteado un efecto revocatorio.

Así como existe el derecho a la impugnación con arreglo a ley de quien sufre agravio tras la expedición de una resolución, debe tomarse también en cuenta la situación de la parte no agraviada en tanto su posición se encuentra expectante del correcto trámite del recurso. Es por ello que el artículo 427° parte final del Código Procesal Civil establece que “(...) *Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes*”.

8. EFECTOS RECONOCIDOS EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL FRENTE A LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO: EFECTO SUSPENSIVO, SIN EFECTO SUSPENSIVO Y CON EFECTO DIFERIDO.

El efecto suspensivo implica que la resolución apelada no surtirá sus efectos hasta que la apelación no sea resuelta. Al respecto, debe tenerse presente que el efecto suspensivo procede en resoluciones que ponen fin al proceso, como regla general, salvo las excepciones que el propio Código señala. El artículo 371° del Código Procesal Civil concede apelación con efecto suspensivo, cuando la resolución impide la continuación del proceso. Se encuentran en esta categoría las resoluciones que resuelven la calificación de la demanda por causales de improcedencia, las excepciones procesales y defensas previas, el saneamiento procesal (artículos 427°, 450°, 451° y 465°).

El recurso de apelación sin efecto suspensivo según lo dispone el artículo 372° del Código acotado, procede bajo dos supuestos: por un criterio de exclusión dado que todos aquellos casos en que no opera la apelación con efecto suspensivo procede concederla, por exclusión, sin efecto suspensivo (art. 494°); y por un criterio de legalidad cuando el Código hace referencia expresa a ellos.

La idea rectora en la apelación es no atribuirle un efecto suspensivo cuando el Código no haga referencia al efecto ni a la calidad de esta; en este último caso, debe considerarse sin la calidad de diferida.

9. PRINCIPIOS DE LA IMPUGNACIÓN PROCESAL.

La doctrina procesal desarrolla los principios siguientes:

- a. Legalidad o taxatividad: Sólo se pueden emplear las impugnaciones reguladas en el ordenamiento.
- b. Voluntariedad: Solo el agraviado debe decir que está insatisfecho, esto es, manifestar expresamente su voluntad de recurrir.
- c. Temporalidad: Las impugnaciones están sujetas a plazo, es decir, precluyen en la oportunidad para interponerlas.
- d. Disponibilidad: El titular puede desistirse de la impugnación.
- e. Limitación: El pronunciamiento no puede exceder lo pedido por el impugnante. El órgano revisor al emitir su fallo debe sujetarse sólo a lo que es objeto de controversia en el proceso. Sin embargo, debe tenerse presente que en su calidad de instancia revisora, está facultada para verificar los requisitos de procedibilidad de la demanda incoada en aplicación del artículo 121° in fine del Código Procesal Civil.
- f. Dialéctico: Se debe confrontar las razones de la decisión, el recurrente debe expresar sus desacuerdos, dado que se quiere un nuevo juzgamiento.

III. PARTE ESPECIAL. Del recurso de casación

10. LOS SISTEMAS CASATORIOS EN EL CIVIL LAW: ITALIANO-FRANCÉS-ESPAÑOL-ALEMÁN. SISTEMA CASATORIO PERUANO.

La influencia del ilustre PIERO CALAMANDREI perdura sin desfallecimiento: la doctrina atribuye al recurso de Casación –rigurosamente- la naturaleza de medio extraordinario de impugnación y de estar “encerrado” en las cuestiones y revisión del *derecho*.

El maestro AUGUSTO MORELLO, citado por FEDERICO CARPI, escribió que las Cortes Supremas, más que testigos privilegiados de las transformaciones sociales, son coprotagonistas de ellas. La jurisprudencia de las Cortes es un importante factor de caracterización de la estructura social de un país. La verdadera ventaja para la ciudadanía sería contar con la posibilidad de utilizar precedentes jurisprudenciales persuasivos, claros y no contradictorios. Sólo así la función nomofiláctica podría ser útil para contener la explosión de la conflictividad judicial que aflige al sistema de justicia²⁷¹.

Tenemos que partir por afirmar que todas las cortes supremas desempeñan una función de control de legalidad, con algunas modalidades y técnicas según los sistemas casatorios en los que se ubiquen. Señala el profesor JUAN MONROY GÁLVEZ, que como todos los países sudamericanos, herederos forzosos de la organización judicial napoleónica contenida en la ley francesa de 1810 (de organización judicial precisamente), tenemos una Corte Suprema formada por salas especializadas (en Francia son Chartres, en Italia son Sezioni) que privilegian el control subjetivo del enunciado normativo, es decir, el control del caso concreto sobre la función uniformadora. Esto significa, en la práctica, soportar miles de procesos al año, una inexistente función uniformadora de la jurisprudencia. Por esa vía, la Corte Suprema se convierte en los hechos en un tercer grado que consume tiempo del proceso de manera descomunal y expide decisiones contradictorias en forma tan continua que

²⁷¹ “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la reforma de 2006. Análisis Comparado”. Asociación Argentina de Derecho Procesal. Reforma Procesal Civil. Eduardo Oteiza, Coordinador. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2010, páginas 630 y 646

disuade al investigador la búsqueda de tendencias jurídicas.

Con una Corte Suprema donde los pronunciamientos se cuentan a miles, la eficacia del precedente es mucho más reducida o no existe en absoluto, pues, como señala MICHELE TARUFFO, aquí hay otras finalidades y valores que se persiguen, como es la tutela del *ius litigatoris* que busca asegurar tutela al caso concreto llevado a la Corte, esto es, se busca satisfacer el interés privado e individual de cada parte a encontrar una decisión final a sus controversias en lugar de mirar hacia el *ius constitutionis*, entendido éste, como el interés público que es propio del ordenamiento en su conjunto que mira al desarrollo ordenado y coherente del derecho. Su competencia es actuar el *jus constitutionis*, prescindiendo del *jus litigatoris*.

Existe doctrina uniforme al afirmar que el recurso de Casación no es autóctono de Italia, ya que esta vía impugnatoria fue tomada del ordenamiento judicial francés. Aunque como señala CHIOVENDA, su remoto origen puede buscarse en la antigua *querella nulitatis* romana, remedio extremo que permitía en el derecho común la anulación de las sentencias viciadas. JUAN CARLOS HITTERS en su obra “Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación” afirma:

*La casación italiana, pese a haber sido tomada de su similar francesa, fue sufriendo un lento proceso de adaptación, que le ha permitido adquirir rasgos propios, que actualmente la separan de su fuente. Algo similar ha sucedido con los alemanes que han receptado, en este tema, las pautas básicas de la legislación gala, corrigiéndolas según sus necesidades propias*²⁷².

En su balance constituye todavía un esquema imperfecto manteniendo un excesivo apego al formalismo, y el dilatado e ineficaz trámite del reenvío.

En opinión del maestro FEDERICO CARPI, considera que la “(...) La reforma de 2006 no logró sacar a la Corte de Casación de su ambigüedad de fondo: el

²⁷² La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1994, p. 89.

*péndulo continúa oscilando entre el juicio de legitimidad y juicio de tercer grado*²⁷³.

En un análisis comparado, FEDERICO CARPI observa que:

*Termina por parecer paradójico que las Cortes de modelo francés, que en su origen tenían como finalidad el control de la correcta aplicación e interpretación del Derecho, hayan evolucionado (o involucionado) en sentido contrario, para hacer surgir la justicia del caso individual, mientras que las Cortes de modelo anglosajón hayan evolucionado en sentido opuesto (del examen del hecho al examen del Derecho puro)*²⁷⁴.

Como es bien conocido, la Corte de Casación ejercita una función de control de legitimidad, que en línea de principio no se expide sobre el mérito de la causa y remite la decisión –cuando anula la sentencia impugnada- a otro juez inferior. Se observa que tanto la *Cour de Cassation* francesa como la *Corte di Cassazione* italiana se encuentran desde hace ya mucho tiempo frente a una cantidad excesiva de recursos, y por lo tanto, con la necesidad de pronunciar un número increíblemente elevado de sentencias.

La *Cour de Cassation*, en caso de considerar que el recurso debe prosperar, anula la resolución recurrida y remite el asunto ante el tribunal de instancia, a quien corresponde dictar nueva decisión. Esa función ha dado paso, con el correr del tiempo, a la de interpretación de la ley. Las resoluciones de la *Cour de Cassation* son seguidas por la fuerza de sus argumentos más que por un principio de autoridad.

Para limitar el acceso a la Casación la reforma de 1989 estableció que el recurso no solamente no es suspensivo sino que se debe acreditar haber cumplido con la sentencia recurrida. Si bien se admiten excepciones, la

²⁷³ “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado”. Asociación Argentina de Derecho Procesal. Reforma Procesal Civil. Eduardo Oteiza, Coordinador. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2010, p. 646.

²⁷⁴ “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado”. Asociación Argentina de Derecho Procesal. Reforma Procesal Civil. Eduardo Oteiza, Coordinador. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2010, p. 635.

finalidad de la reforma consistió en contrarrestar los recursos meramente dilatorios y controlar la carga de trabajo²⁷⁵.

La Z.P.O. alemana, como su similar austriaca, legislan el recurso de Casación aunque en puridad en el sistema germánico el instituto no es denominado propiamente “casación” sino “revisión”, siendo la diferencia que la primera es válida para impugnar sentencias que todavía no han adquirido el atributo de *res judicata*, mientras que la última sólo es utilizable en caso de que se pretenda impugnar fallos firmes. Los alemanes han comprendido como enfatizó WACH, que la finalidad de la casación no sólo busca el contralor del derecho objetivo, o la unidad de la jurisprudencia, sino también la justicia de la resolución en el caso concreto (función dikelógica). El examen del máximo órgano de Justicia es realmente amplio pues si bien apunta a las cuestiones jurídicas puede aplicar el principio *iura novit curia*, y además no está limitado por el juicio de derecho contenido en la sentencia recurrida, salvo por supuesto el principio de congruencia, que no puede ser desbordado. En Alemania la violación de las reglas consuetudinarias puede dar cabida al recurso de casación ya que la costumbre ha sido asimilada a la ley a los fines casatorios.

La reforma francesa de 1989, que exige el cumplimiento de la sentencia recurrida en casación, y la reforma alemana de 2001, que pone el acento en la *relevancia fundamental de las cuestiones de Derecho*, muestran una orientación destinada a preservar la función de las Cortes en lo referente a temas de repercusión general²⁷⁶.

La casación española o llamada casación “bastarda”, debido a que se separa del modelo de casación clásico o puro, sujeto a reenvío, para ingresar a resolver el fondo sin devolver el expediente, tiene las tres finalidades del

²⁷⁵ “La función de los Cortes Supremas en América Latina. Historia, Paradigmas, Modelos, Contradicciones y Perspectivas”. Asociación Argentina de Derecho Procesal. Reforma Procesal Civil. Eduardo Oteiza, Coordinador. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2010, p. 699.

²⁷⁶ “La función de los Cortes Supremas en América Latina. Historia, Paradigmas, Modelos, Contradicciones y Perspectivas”. Asociación Argentina de Derecho Procesal. Reforma Procesal Civil. Eduardo Oteiza, Coordinador. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2010, p. 701.

recurso ya expuestas, ya que como señala JAIME GUASP, su télesis no consiste exclusivamente en tareas nomofilácticas y uniformadoras, sino que su misión quizás más trascendente es la de resolver positivamente los casos litigiosos a través de la autoridad máxima judicial. Pudiendo concluir que la apreciación de la prueba no puede quedar totalmente ajena del alcance del órgano casatorio. Sin embargo, a pesar de las bondades teóricas del sistema hispano no siempre se han reflejado en la práctica, ya que muchas veces el Supremo Tribunal asume una función excesivamente rigurosa y formalista que en definitiva desvirtúa las finalidades del instituto.

La Ley de Enjuiciamientos Civiles de España de 1855 resulta emblemática debido a que con ella se abandona el reenvío, facultando al Tribunal Supremo a resolver el tema de fondo sin devolver los actuados. Este rasgo hace que se considere a la casación española como un “sistema de casación bastarda” para oponerse al sistema clásico implantado por la casación francesa.

Con la nueva Ley de Enjuiciamientos Civiles N° 01/2000 se establecen como recursos el de casación y el extraordinario por infracción procesal, para lo cual se varían las competencias: el recurso de casación lo debe resolver el Tribunal Supremo y el recurso extraordinario por infracción procesal es de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Con este cambio al Tribunal Supremo se le deja solo el conocimiento del tema de fondo. Mediante la **casación** se pretende el examen y la corrección de la labor de interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales realizada por las Audiencias Provinciales, así como la observancia, por dichos tribunales, de la jurisprudencia relativa a la cuestión litigiosa, o la fijación de esa jurisprudencia cuando sea necesario. Con el **recurso extraordinario por infracción procesal** se persigue el control de la regularidad y validez de la actuación procesal llevada a cabo en la instancia y en la apelación y el cumplimiento de las normas que rigen los actos y garantías del proceso, con el fin de que anule la sentencia recurrida, si se han infringido dichas normas o se han quebrantado los presupuestos y formas esenciales del proceso, y se ordene reponer las actuaciones al momento en que se produjo la infracción.

El **interés casacional** es una fórmula que ha establecido el legislador español para superar la existencia de decisiones contradictorias que emitan los órganos jurisdiccionales con relación a lo resuelto por el Tribunal Supremo, en la finalidad de la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Dentro de las causales o motivos del recurso extraordinario por infracción procesal encontramos la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24° de la Constitución (en la que encontraríamos la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva y propiamente el derecho al debido proceso). Anotan los profesores JUAN MONTERO AROCA y JOSÉ FLORS MATÍES que: *“Ahora bien, ello no puede consentir que se acuda a la cita del artículo 24° de la CE como cajón de sastre en el que pueda incluirse cualquier vulneración, de modo que se acabe con el rigor técnico de los recursos extraordinarios (...)”*²⁷⁷. En todo caso se podrá alegar por esta vía la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que se incluye el derecho a acceder a la justicia, a la realización del proceso, a que se dicte sentencia motivada sobre el fondo del asunto (concurriendo los presupuestos procesales), a los recursos previstos en la ley y a la ejecución, etc., esto es, se trata de que se habrá de alegar la **vulneración de derechos concretos**.

Desde las conclusiones del examen comparatista, podemos afirmar el reconocimiento del recurso extraordinario de Casación como contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo su primera nota que lo caracteriza la de su evidente *jurisdiccionalidad*, de forma tal que el órgano supremo de justicia fue siempre considerado un ente judicial (y no político). Pudiendo afirmar que **su relación con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva** se encuentra en que si bien es cierto que las formalidades y ritualidades impuestas por la ley tienen que ser rigurosamente observadas, el criterio no debe llevar el mero culto de la **forma por la forma**, olvidando que la *ratio* consiste en evitar la desnaturalización del recurso. La

²⁷⁷ Tratado de Recursos en el Proceso Civil. Valencia, 2005, p. 657.

verdadera esencia de la casación es la función de impartir justicia.

Cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de admisibilidad y procedencia que tiene que cumplir todo recurso de Casación, lo hace así en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo y, a través de él, la Corte Suprema va a ejecutar su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no va a actuar como una instancia final de fallo en la que se analice primero el proceso y luego el recurso (Casación N° 755-2010-Callao de fecha 1 de diciembre del 2010, Fundamento Jurídico 3, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República).

Señala el profesor JUAN CARLOS HITTERS que una de las características propias de la Casación, que la diferencia de la apelación, es que aquélla sólo tiene viabilidad en el caso de que exista un motivo legal (o causa); por ende no es suficiente el simple interés –el agravio- sino que se precisa que el *defecto* o *error* que se le imputa al decisorio recurrido esté expresamente tipificado –objetivado- por la ley.

El maestro sanmarquino JORGE CARRION LUGO en su obra “Tratado de Derecho Procesal Civil”, al desarrollar el recurso de Casación, señala que los errores no deben generar derechos válidos, deben ser corregidos, y es por ello que el recurso se concibe desde distintos ángulos o puntos de vista. Uno de los objetivos de la **política jurisdiccional** que deben imprimir los Jueces en sus decisiones es el de evitar los errores y la injusticia. Desde el punto de vista del saneamiento procesal, el recurso de casación se concibe como un instrumento idóneo para corregir en definitiva los errores de orden procesal en que se haya incurrido en la tramitación del proceso. Este recurso hace posible que se corrija la violación de normas y principios que garantizan el derecho al debido proceso. Propicia también, en ese sentido, la unificación de los criterios de aplicación de las normas procesales donde éstas presentan vacíos, son oscuras, son contradictorias o son complejas. Aquí se revela la **función**

saneadora del recurso de casación²⁷⁸.

La esencia de la Casación radica en que es extraordinario porque requiere un motivo legal y constituye un examen de legalidad estereotipado. Además, su finalidad es extraprocesal, aun cuando exige actuación de parte, esto es, se concede al órgano jurisdiccional máximo de la Nación cumplir objetivos que están fuera del proceso: a. Cuidar la aplicación del derecho objetivo (fin nomofiláctico); b. La uniformidad de la jurisprudencia (fin uniformador). En el Perú, el recurso de Casación no es una pretensión impugnatoria autónoma, como sí ocurre en el ordenamiento procesal civil italiano, como asimismo, en Venezuela, Colombia, Argentina.

Conforme tiene señalada reiterada jurisprudencia del Supremo Tribunal, el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario y de *iure* que se puede interponer contra determinadas resoluciones y por los motivos tasados en la ley, por lo que siendo un recurso previsto legalmente, lo extraordinario resulta de los limitados casos y motivos en que procede y es de *iure* o derecho pues permite la revisión por el máximo tribunal, de la aplicación del derecho, hecha por los Jueces de mérito²⁷⁹.

Con relación al **derecho al debido proceso**, debe recordarse que en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02039-2007-PA/TC de fecha 30 de noviembre de 2009, se destacó que *“en el recurso de casación no se pueden valorar nuevamente las pruebas aportadas, admitidas y actuadas en primer y/o en segundo grado, pues su configuración normativa establece que tal recurso tiene por finalidad la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”* (Fundamento Jurídico 5), ya que de suceder ello se afectaría el derecho en mención.

La Casación se erige en algunos casos como un mecanismo de defensa de la legalidad por medio del cual se asegura la sujeción de los Jueces a la ley en la

²⁷⁸ Lima, Editorial Grijley, 2007, Volumen II, 2da. edición, 2007, pp. 383 y 384.

²⁷⁹ Casación N° 528-2007 Huancavelica, publicada el 03 de julio de 2007; citada por “Jurisprudencia Casatoria, Derecho Civil y Procesal Civil” (Publicadas el año 2007), Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2008, Tomo II, pp. 563 y 564, Coordinador Oscar R. Tenorio Torres.

impartición de justicia y, por esa vía, se mantiene el efecto vinculante del derecho objetivo. En otros supuestos, la Casación se proclama como el mecanismo destinado a garantizar la vigencia real y efectiva del principio de igualdad en su aplicación, pues al unificar su interpretación evita decisiones judiciales contradictorias.

El Tribunal Constitucional ha establecido que: *“En todo caso, si la Corte Suprema de Justicia de la República considera que la valoración de los medios de prueba actuados en primer y/o en segundo grado contraviene los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o las reglas de la apreciación razonada de la prueba; es decir, si las distintas conclusiones a que se llega sobre las pruebas alcanzan a revestir arbitrariedad, deberá anular la resolución que afecta el derecho al debido proceso porque, en tal caso, se ha valorado indebida o irrazonablemente los medios probatorios, y ordenar al juez o sala que expida una nueva resolución”* (STC recaída en Exp. N° 02039-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 5).

Sostiene el profesor JUAN MONROY GÁLVEZ que su evaluación es de *inutilidad total*, negar tutela jurisdiccional efectiva. Resulta necesario evaluar la estructura y función de la Corte Suprema.

Mediante Ley N° 29364 del 27 de mayo del 2009 se modifica diversos artículos del Código Procesal Civil referidos al recurso de Casación Civil, una de las instituciones procesales más importantes, en tanto define la actuación de la Corte Suprema, nuestro máximo órgano judicial. El texto derogado contemplaba como causales la violación de la norma de derecho material y de la doctrina jurisprudencial expresada bajo tres maneras: por la falta de aplicación, por indebida aplicación y por interpretación errónea. No era suficiente argumentar la violación de la norma material, sino que se tenía que precisar bajo cuál de los supuestos se acogía la Casación, caso contrario operaba la improcedencia de esta.

Actualmente el recurso de Casación se sustenta en dos causales: a) la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la

resolución impugnada y b) en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

La tendencia en esta reciente modificación es unificar las variables en una sola causal: **la infracción normativa**. Esta engloba todas las hipótesis que entrañan una necesidad impostergable de intervención de la corte de casación, sin perjuicio de mantener la calidad de extraordinario del recurso, como ser concedido solo cuando el recurrente denuncie y acredite que la infracción normativa aparentemente incurrida ha sido determinante para decidir el caso.

Con la reforma legislativa se ha eliminado las fórmulas sofisticadas de inaplicación (un Juez incurre en este tipo de error cuando no logra identificar la norma jurídica pertinente para el caso que está resolviendo, razón por la cual no aplica una norma que sí existe, o donde se usa una norma que en el tiempo ha quedado derogada, o donde se ha dejado de aplicar una norma y se aplica una norma sin serla), interpretación errónea (un Juez incurre en este tipo de error al darle a la norma correctamente elegida un sentido equivocado, haciéndola producir consecuencias que no resultan de su contenido, esto es, se produce cuando la norma es pertinente y se le da un sentido que no le corresponde o alcance que no tiene), y aplicación indebida (se aplica a hechos norma que no corresponde al caso concreto) por el de la causal genérica de INFRACCION DE LA LEY O DE LA NORMA, siguiendo el modelo español del 2000.

Sobre el motivo único de Casación “infracción normativa”, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que tiene dos variantes: la infracción normativa material y la infracción normativa procesal, entendiendo que ésta última incida en la decisión de fondo. Sin duda se hace necesario una precisión legislativa para poder tener mejor entendimiento para los justiciables y no estar sometida a interpretación, cuando sólo busco cuestionar errores que se relacionan con la “infracción normativa procesal”.

En cuanto al precedente vinculante, la reciente modificación precisa que sea la

Sala Suprema Civil la que convoque al Pleno Casatorio, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Un aspecto que se ha incorporado recientemente a la Casación es la concesión excepcional de este recurso (art. 392 A). Aún si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines de la casación, para lo cual la Corte motivará las razones de la procedencia. Se dice que ello se basa en la necesidad de contar con una Corte Suprema en posibilidad de promover una escala axiológica acorde con las exigencias de su sociedad y de su tiempo, no debe descartarse la posibilidad de que se presente un proceso en el cual el tema discutido se aprecie como un presupuesto para un pronunciamiento prospectivo de la Corte.

Si se incumple con los requisitos de procedencia del recurso, esto es, al no describir con claridad y precisión la infracción normativa cometida por la Sala Superior, demostrar la incidencia directa de la infracción normativa sobre la decisión impugnada, así como **indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio**, estando a lo dispuesto en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 388° concordante con el artículo 392° del Código Procesal Civil, el recurso de casación interpuesto debe desestimarse y declararse improcedente.

El profesor JUAN MONROY GÁLVEZ en unos apuntes sobre este tema ha señalado:

...La ley aprobada tuvo como antecedente un proyecto trabajado durante los últimos tres años. Uno de sus objetivos, en efecto, fue reducir el acceso de los recursos a la Corte a fin de convertir a ésta en una suerte de árbitro de las costumbres, de la moral pública, de los derechos de las minorías y de las mayorías que no tienen representación política, de los bienes no renovables, en fin, de lo más

trascendente y complejo que se puede discutir respecto del futuro de nuestra sociedad.

(...) El Congreso destazó tres instituciones del proyecto, esenciales para que el fin se concretara. Describámoslas:

- a. Si un caso recibe dos sentencias en un mismo sentido, ¿es necesaria una tercera? Atendiendo al fin buscado y a razones lógicas la respuesta es no. Sin embargo, el Principio del doble y conforme, así se llama este instituto, fue eliminado.*
- b. En el Perú más del 90% de los recursos de casación civil son improcedentes. En tales casos la Corte Suprema ni siquiera llega a revisar su contenido. Sin embargo, entre la presentación del recurso y la devolución del expediente transcurren en promedio 18 meses, por tanto, la casación permite atrasar año y medio la ejecución de una sentencia, esto es, la eficacia de lo decidido. Para evitar este uso malicioso del recurso se propuso que las sentencias más comunes – llamadas “de condena”– se ejecuten sin esperar que se decida el recurso. Esta institución se conoce en doctrina como Ejecución de la sentencia impugnada. Por cierto, estaba desarrollada en el proyecto pero fue desechada por el Congreso sin que mediara siquiera una razón para ello.*
- c. La doctrina del Precedente -no necesariamente el Stare Decisis que es otra cosa- es el instrumento por excelencia para conseguir que una Corte Suprema aproveche el efecto guía de la jurisprudencia. El artículo 400 del Código Procesal Civil, ahora derogado, padecía de limitaciones técnicas para cumplir tal cometido. Sin embargo, el reformado artículo 400 sólo agrava las limitaciones que tenía el anterior. No sólo se desconoce cuál es la opción de overruling acogida, sino que se condena a la Corte a ser el oráculo del derecho peruano, sin posibilidad de elegir en qué casos su fundamentación no será*

*Precedente*²⁸⁰.

La estadística que presentamos refiere que un 70% de los recursos de casación interpuesto ante las Salas Civiles de la Corte Suprema son declarados improcedentes.

Los recursos procedentes son en su mayoría amparados por causal de contravención al debido proceso, en la que es frecuente incidir el cuestionamiento a la motivación defectuosa o aparente.

En cuanto a las causas resueltas por la Sala Civil Suprema Permanente se tiene la siguiente estadística:

Año	No de expedientes
2010	2873
2009	2818
2008	2818
2007	2976
2006	2720 ²⁸¹

Consideramos que la casación no se ha fortalecido en estos últimos tiempos. Incluso la reciente modificación legislativa tampoco se aprecia que pueda contribuir a ello. Se advierte que se ha desnaturalizado el recurso casatorio, por cuanto hay una tendencia en las últimas ejecutorias de las Salas Supremas, donde se pretende ejecutar entre sus fines la “función dikelógica”, lo cual no está bien, porque la justicia queda para la instancia de mérito. Además por un criterio de trascendencia, el conflicto que se resuelva allí interesa a las partes, en cambio en sede casatoria, la aplicación adecuada del derecho objetivo trasciende el interés de las partes. La redacción del propio texto legal (art. 384° CPC) colabora a esa tendencia, desnaturalizado la esencia de este recurso extraordinario. Abrir la puerta del recurso de Casación

²⁸⁰ Comunicación personal: Apuntes sobre el “nuevo” recurso de casación civil.

²⁸¹ Fuente: www.pj.gob.pe

para que se resuelva *“la justicia del caso concreto”* conllevaría a valorar e incluso fijar los hechos, lo que evidentemente provocaría que la Corte Suprema se convierta en una instancia. Por ello, no resulta conveniente introducir esta tercera función de la casación en una reforma legislativa o como se ha venido haciendo vía desarrollo jurisprudencial.

Dentro de las causales se ha establecido a la “infracción normativa” que lleva a referirnos implícitamente a la aplicación indebida y errónea, pero no solo de normas materiales sino de normas procesales. El que recurre tiene que describir con claridad la infracción normativa y demostrar ésta, pero ante la falta de cultura casatoria, esos errores en la postulación no están siendo analizados con mucha rigurosidad, por las Salas Supremas; la realidad se aleja de estas exigencias y se está aplicando una salida que fue concebida como excepcional(392°-A), ante el incumplimiento de los requisitos de fondo, pero manejado con mucho cuidado con la motivación a lo excepcional para evitar adelantar opinión sobre la indebida aplicación que justificaría su procedencia. De lo avanzado hasta el momento no se aprecia una mejora en el tratamiento del derecho positivo, todo lo contrario, con estas modificaciones legislativas recientes a la casación viene generando un aumento de los procesos que pugnan por ingresar a la Corte de Casación y una ausencia de jurisprudencia que venga desarrollándose a nivel de la Corte Suprema.

El recurso de Casación cumple una función esencial en la sociedad, no sólo actualizando el ordenamiento jurídico sino también eliminando sus contradicciones en la aplicación de las normas jurídicas a los hechos concretos. Los órganos jurisdiccionales deben atender al sistema de fuentes establecido en las figuras de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. La materia del recurso de Casación alcanza al **criterio jurídico**: costumbre jurídica, integración analógica, principios generales del derecho o del proceso. La importancia de los principios generales del derecho radica en que son fuente subsidiaria del Derecho, aplicables en defecto de ley y costumbre pero, además, informan el ordenamiento jurídico. Dada las funciones que los principios generales del Derecho cumplen, no cabe duda

que son una cuestión de Derecho.

La procedencia del recurso de Casación se podrá establecer en la interpretación jurídica referida a las reglas de interpretación del acto jurídico, la interpretación de la calificación de los contratos y el derecho comunitario. Deberá precisarse que norma de derecho material se ha interpretado erróneamente. Busca además dar vigencia a los principios de interpretación constitucional.

Debemos tener en cuenta que la calificación del recurso de Casación con la nueva regulación de la Ley N° 29364 la realiza la Sala Suprema Civil, es el examen de los requisitos de admisibilidad y procedencia para el juicio sobre el mérito. La decisión de mérito no debe estar contenida en la calificación del recurso, ni ésta en aquella. En primer lugar, la Sala Suprema Civil debe limitarse a declarar improcedente o procedente el recurso; si ocurriera lo último, después declarará fundado o infundado.

Si al momento de calificar, la Sala Suprema Civil emite un juicio sobre el mérito se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del recurrente al contravenir el procedimiento establecido por la ley y el derecho de defensa (no permitirle al recurrente informar oralmente ni por escrito). No podría ser justificación el eliminar un caso destinado a perderse, evitando así que se incremente la carga procesal.

En la Resolución Casatoria N° 1120-2008 de fecha 13 de junio del 2008-Lima expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, 30/01/2009), al declararse improcedente el recurso de casación interpuesto, argumenta que el recurrente no ha acreditado que exista algún pronunciamiento definitivo sobre la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio, no habiendo motivo para suspender el proceso de desalojo ni que existan sentencias contradictorias (fundamento quinto y sexto), lo que importa un juicio sobre el mérito dentro de una calificación del recurso, en el cual se había invocado la causal de contravención al debido proceso según la exigencia del artículo 388° inciso 2.3

(actualmente modificado), que disponía como requisito de fondo del recurso de casación en qué ha consistido la afectación del derecho al debido proceso o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida.

Respecto a que si en Casación debe actuar el principio *iura novit curia*, el maestro AUGUSTO MORELLO en su obra “La Casación. Un modelo intermedio eficiente” afirma lo siguiente:

...El principio iura curia novit, además del supuesto en que de oficio la Corte está en el deber de ejercer el control de la constitucionalidad de las normas a aplicar, en las condiciones del caso particular ha de tener prudente cabida. Con mayor claridad: si bien como regla será ello carga que pesa subordinadamente en la esfera de la parte, sin embargo en aquellos supuestos en los que las circunstancias y características con que se ha matizado la aplicación del derecho –las dudas, salvedades, reparos, condicionamientos y alternativas u omisiones esgrimidas- (que superen lo ‘opinable’ de las interpretaciones jurídicas razonablemente posibles) determinaría el rescate, insistimos prudente, del iura curia novit...²⁸².

El maestro sanmarquino JOSE ANTONIO SILVA VALLEJO cita a MANUEL DE LA PLAZA quien señala:

El principio jura novit curia, no puede ser extraño a la Casación, aunque, por obvias razones, su aplicación tenga que girar en torno a una cuestión de hecho normalmente irrefutable”, y añade que: “En Casación, la aplicación del principio jura novit curia podrá tener lugar cuando el recurso refuerce la argumentación, sin cambiar el punto de vista, por modo tal, que, sin atentar a la estabilidad y fijeza de lo discutido, la doctrina pueda tomar el vuelo que sea necesario, para que los temas de Casación queden esclarecidos, más en contemplación del interés general, que del particular designio del recurrente. Es una cuestión de sensibilidad, y, por ello, sería más que difícil fijar criterios

²⁸² Buenos Aires, Abeledo-Perrot - Librería Editora Platense, 1993, página 282.

*cerrados*²⁸³.

Aunque debamos de reconocer que se trata un tema controvertido en la doctrina y jurisprudencia nacional, en razón que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en su gran mayoría se muestra contraria a su aplicación cuando tiene que calificar y resolver sobre la procedencia de un recurso de casación. Sobre el particular, se ha argumentado que el recurso extraordinario debe ser suficientemente explícito y formal (debe bastarse a sí mismo), pues el Tribunal de Casación centrará su análisis casatorio únicamente respecto de aquello que es materia de la impugnación, sin que pueda aplicar el principio *iura novit curia* (que permitiría suplir de oficio las omisiones en que incurra la parte impugnante, por esta razón, el recurso debe satisfacer los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 388° del Código Procesal Civil (Casación N° 4189-2009-Lima de fecha 30 de junio de 2010)).

La jurisprudencia del Supremo Tribunal al rechazar la aplicación del principio *iura novit curia* justifica su decisión en que el recurso de Casación tiene carácter extraordinario y, por ende, es formalista; y que por ello consideran que no se puede suplir las deficiencias incurridas por el litigante, limitándose a juzgar únicamente lo correctamente denunciado por el recurrente; por ejemplo, en la Casación N° 1815-2006-Callao, se señaló expresamente: “*En Casación no es aplicable el principio iura novit curia recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y no es posible exceder la causa petendi del recurso*”. Asimismo, en la Sentencia dictada por el Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), de fecha 21 de abril de 2008, se señala que en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio *iura novit curia*, al ser la casación un recurso extraordinario que solo se permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386° del Código Procesal Civil. Sin embargo, existen algunas casaciones de la Corte Suprema que sí ha

²⁸³ “La Casación Civil”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 165-166; citado en “La Casación Civil. Su crisis actual”. Lima, Ara Editores, 2010, p. 35.

aplicado el principio *iura novit curia* en casación para resolver la procedencia del recurso, por ejemplo, en la Casación N° 543-95-Lima se menciona el principio expresamente. También se aplicó el mismo criterio en la Casación N° 1634-2000-Cajamarca.

En la posición favorable a la aplicación del principio *iura novit curia*, OCENER CÓRDOVA LÓPEZ señala:

Consideramos que justificar la negativa, de aplicar la norma correcta al proceso (aunque no haya sido invocada o lo haya sido erróneamente) en un formalismo procesal, se olvida que el proceso como tal, no es un fin en sí mismo, sino que el proceso es solo un medio o instrumento al servicio de los derechos sustanciales (...) La decisión mayoritaria de la Corte Suprema de casación de no aplicar el principio iura novit curia para resolver la procedencia del recurso de casación, basado en formalismo procesal, creemos que no puede ampararse en el carácter imperativo de las normas procesales que se contempla en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, puesto que el mismo artículo ha relativizado la imperatividad de las normas, facultando a los jueces a adecuar dichas exigencias al logro de los fines del proceso (...) ¿Qué agravios produciría la aplicación del principio iura novit curia en el recurso de casación, si solo con ella se aplica la norma correcta? Consideramos que no se produciría ningún agravio a las partes, puesto que lo único que se estaría aplicando es la norma correcta o que efectivamente corresponda al caso concreto (...) La Sala de Casación de la Corte Suprema debería verificar si en la sentencia impugnada objeto de casación, se ha inaplicado o interpretado erróneamente una norma material, aun si en el recurso no se le ha indicado (...) Dicho principio constituye un deber del juzgador, no una facultad²⁸⁴.

²⁸⁴ ¿Es posible la aplicación del principio *iura novit curia* en la casación civil?. En: Revista Jurídica del Perú, Lima, setiembre 2008, tomo 91, pp. 364-366.

11. PROCESO DE REVISIÓN CIVIL POR FRAUDE PROCESAL.

Por autoridad de “cosa juzgada” entendemos esa peculiar inmutabilidad de los efectos de los pronunciamientos jurisdiccionales ya no cuestionables a través de las impugnaciones ordinarias. El proceso de revisión por fraude procesal es una **pretensión impugnatoria excepcional** destinada a rescindir aquellos procesos que hayan culminado con una resolución injusta producto del fraude procesal o colusión. Se encuentra legislativamente regulado en nuestro ordenamiento procesal civil como nulidad de cosa juzgada fraudulenta (artículo 178° del Código Procesal Civil modificado por la Ley No. 27101).

El artículo 123° del Código Procesal Civil señala que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: a) No proceden contra ellas otros medios impugnatorios que los ya resueltos; b) Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrirlos los plazos sin formularlos. La cosa juzgada está concebida como una garantía procesal por la cual se dota a ciertas resoluciones de una especial calidad que impide que entre las mismas partes se vuelva a discutir sobre un mismo asunto, basado en los mismos hechos y pretensión, para que se dicte una nueva resolución. Los caracteres de la autoridad de cosa juzgada es la inmutabilidad y la coercibilidad, es decir, proyecta sus efectos hacia el pasado y hacia el futuro; siendo la única posibilidad para impugnar una resolución con calidad de cosa juzgada el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

El artículo 178° primer párrafo del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 27101 de fecha primero de mayo de mil novecientos noventa y nueve señala que “Hasta dentro de los seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, sino fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por este y aquellas”. En ese sentido,

es la nulidad de cosa juzgada fraudulenta una pretensión impugnatoria excepcional, de naturaleza residual (pues no deben existir mecanismos internos y ordinarios que puedan subsanar el vicio incurrido por el fraude procesal) y extraordinaria, que permite la revisión de la sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada obtenida sobre la base de un engaño o una simulación que afecta el debido proceso.

KARLA VILELA CARBAJAL al desarrollar la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta señala que constituye una pretensión impugnativa autónoma y nueva y es un proceso rescisorio : *La nulidad de cosa juzgada no puede considerarse como medio idóneo para la denuncia de nulidades procesales, ya que se trata de una pretensión impugnativa autónoma y nueva, desligada por completo de la acción primitiva...* Así, la nulidad de cosa juzgada es un proceso rescisorio, donde el propósito de este mecanismo es únicamente rescindir aquello que ha sido afectado por la comisión del fraude procesal. *No recompone la situación, únicamente detecta el defecto, rescinde la resolución que es su producto, anula los hechos afectados por el fraude y, finalmente, garantiza las condiciones necesarias para que se reinicie el proceso primario*²⁸⁵.

El artículo 178° de nuestro Código Procesal Civil señala como requisitos para la procedencia de una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta la existencia de fraude o colusión que afecten a un debido proceso, debiendo dejarse establecida la invocación de la causal debidamente sustentada para su procedencia.

El fraude procesal es conceptualmente entendido como toda maniobra cometida por las partes, terceros, el Juez o por los auxiliares con ocasión del proceso o dentro de él. En caso de duda en torno a si existe o no fraude deberá desestimarse la pretensión, en aplicación del principio *in favor processum*. Es así que tenemos que el fallo que se cuestiona debe ser

²⁸⁵ Juan Monroy Palacios, “Algunos aspectos sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta”. En el Diario Oficial El Peruano del 4 de diciembre de 1998, p.5. (...)” (“Nulidades procesales civiles y sentencia firme” Lima, Palestra Editores, Universidad de Piura, 2007, p. 83.

producto de una conducta fraudulenta, sin la cual la decisión hubiera sido diferente. El fraude procesal se puede presentar: en el proceso, cuando se ha actuado con la intención de engañar y perjudicar a la otra parte o un tercero; y por el proceso, cuando el proceso es utilizado como instrumento para obtener un objetivo ilícito.

a. Concepto y presupuestos de la Revisión Civil por Fraude Procesal

La Revisión Civil es una pretensión impugnatoria excepcional y autónoma destinada a rescindir sentencias o autos con autoridad de cosa juzgada por haber sido obtenidas con fraude procesal u otra forma de injusticia grave, esto es, aquellos procesos que hayan culminado con una resolución injusta producto del fraude procesal. Se dice con razón que ningún proceso judicial debe estar exento de ser cuestionado en revisión cuando se denuncie que la comisión de un acto fraudulento ha incidido sobre la justicia de la decisión final.

Conforme enseña el profesor JUAN MONROY GÁLVEZ, los Presupuestos de la Revisión son:

- Que se expida una decisión firme con autoridad de cosa juzgada.
- Que la decisión se haya obtenido con fraude procesal o por caso fortuito o fuerza mayor que determine injusticia.
- Que no haya habido oportunidad en defenderse en el proceso originario.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando el caso de la Resolución Casatoria No. 1300-2001-Ancash expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha observado el mal uso que se estaría haciendo de este instituto procesal, pues podría pretenderse equivocadamente una revisión de un proceso en el que hubiera perdido el demandante, señalando que...*la demanda de la cosa juzgada fraudulenta no da lugar a la revaloración de las pruebas que se hubieran actuado en el proceso anterior para dar lugar a una nueva decisión sustentatoria, sino que tiene por objeto acreditar las causales que se invocan al proponerla para*

obtener finalmente la nulidad de la sentencia cuestionada..., publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 1 de abril de 2002, páginas 8501 y 8502.

Lo trascendente es entender que no podrá reexaminarse nuevamente asuntos discutidos en el proceso impugnado, lo que no corresponde ser analizado, aun cuando se considere que el razonamiento del juzgador en aquel proceso fue deficiente o errado, toda vez que en este tipo de procesos lo que debe acreditarse es el fraude o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, lo que es materia del proceso conforme al carácter excepcional del mismo, dado que el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta no convierte a los juzgadores de éste en una supra instancia o instancia adicional del proceso que se impugna (ver Casación 22-02-Lambayeque de fecha 10 de enero del 2003).

Según un reciente controvertido fallo supremo (Casación N° 3633-2009-Piura, *El Peruano*, 30 de setiembre de 2010, pp. 29123-29125), la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema señaló que las transacciones extrajudiciales no homologadas o aprobadas por el Juez, únicamente pueden ser atacadas mediante un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, dado que dicho acto tiene valor de cosa juzgada. Este criterio se pronuncia a propósito de una demanda de nulidad de acto jurídico, promovida contra una transacción extrajudicial no homologada judicialmente, cuya argumentación está referida a la interpretación literal del último párrafo del artículo 1302° del Código Civil, -que señala que la transacción tiene el valor de cosa juzgada. La referencia que se hace al fundamento 37 del Primer Pleno Casatorio es equivocada, porque la sentencia que recayó en dicho caso en dicho fundamento ni en ningún otro extremo excluye la posibilidad de cuestionar la validez de la transacción vía nulidad de acto jurídico. Este criterio jurisdiccional limitaría a los terceros legitimados de la posibilidad para cuestionar estos acuerdos, toda vez que la pretensión se sustenta en supuestos más restrictivos que la nulidad de acto jurídico contenida en el artículo 219° del Código Civil, y respecto al plazo de caducidad a diferencia de la prescripción extintiva de la acción de

nulidad de acto jurídico.

b. Características de la Revisión Civil por Fraude Procesal

Las características pueden ser reseñadas del siguiente modo:

- i. Se trata de un nuevo proceso judicial, el nulificante o rescisorio.
- ii. Puede demandar como legitimados activos quien fue vencido en el proceso primigenio, los terceros allí apersonados o los terceros no apersonados a quienes afecte el derecho que se determinó en sentencia ejecutoriada.
- iii. En aplicación de lo dispuesto en los artículos 93°, 95° y 106° del Código Procesal Civil, normas procesales de las que se desprende que solamente será posible expedir una resolución válida en dicho proceso, cuando los magistrados afectados sean debidamente emplazados, debiendo determinarse en forma clara si se le atribuye participación activa a los magistrados que han intervenido en el proceso si fuera el caso y observar en todo caso el debido emplazamiento a la Procuraduría encargada de los asuntos judiciales del Poder Judicial.
- iv. El plazo de caducidad es de seis meses de ejecutada la sentencia del proceso primigenio (tratándose de las sentencias de condena, que se ejecutan, donde el plazo para demandar correría desde el fin de la ejecución) o de haber adquirido esta calidad de cosa juzgada (tratándose de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, que son las que no se ejecutan). El punto más controvertido que regula norma del artículo 178° del Código Procesal Civil es la oportunidad para el planteamiento de la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. No resulta lógico exigir el cumplimiento de lo ordenado en el fallo expedido en un proceso fraudulento, como requisito para demandar la nulidad, por cuanto el demandante precisamente intenta cuestionar la validez de dicho fallo por haber adquirido irregularmente la calidad de la cosa juzgada debido a fraude o colusión. La profesora ANA MARIA ARRARTE ARISNABARRETA opina que la opción legislativa adoptada

no ha sido la mejor, y propone que el plazo debe computarse desde el momento que se conoce el fraude y no desde su ejecución, dado que resulta en muchos casos sumamente difícil revertir las cosas al estado anterior, o siendo posible, implica un proceso tanto o más complicado que el anterior²⁸⁶. Admitir la posición de aceptar la posibilidad de interponer la demanda sólo a partir del momento en que el demandado cumpla con lo ordenado jurisdiccionalmente, tratándose de sentencias o resoluciones ejecutables, no tiene en cuenta que la ley no ampara el abuso del derecho.

- v. El trámite del proceso nulificante es el que el Código concede al proceso de conocimiento. Tal como lo señala el procesalista CARLOS PARODI REMÓN, con acierto el artículo 178° del Código Procesal Civil señala la vía del proceso de conocimiento para solicitar la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta. Compartimos con el citado autor que la vía procesal de conocimiento es la más apropiada a tal fin, dado que la naturaleza de esta pretensión procesal, la importancia que conlleva y la trascendencia que trae consigo, justifican tal señalamiento, pues ni el propio abreviado, ni el sumarísimo, que son los otros procesos declarativos que contempla el Código, son aparentes para tal propósito²⁸⁷.
- vi. La naturaleza procesal del proceso primigenio no se halla definida. Luego, puede ser un proceso de conocimiento o proceso de ejecución. Se excluye el procedimiento cautelar en la medida que siempre es subsidiario y en aplicación de lo dispuesto en la concordancia de los artículos 612°, 617°, 636° y 64° del Código Procesal Civil.
- vii. Las medidas cautelares que se soliciten u obtengan se hallan expresamente limitadas o restringidas, pues sólo puede ser de carácter

²⁸⁶ En: Revista Ius et Veritas, editado por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 13, p. 180.

²⁸⁷ "El Debido Proceso", En: I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1996, p. 55.

inscribible o registral con el objeto de enervar la “buena fe registral”.

- viii. La sentencia anulatoria, debe reponer las cosas al estado anterior, rejuzgando en el proceso nulificante las pretensiones jurídicas del proceso antecedente, en todo o en parte, y determinando una nueva y diferente consecuencia jurídica, según sea el caso.
- ix. La sentencia nulificante es oponible *erga omnes*, con excepción de quienes hayan derivado sus derechos de la sentencia antecedente de buena fe y a título oneroso, descartando con ello a quienes hayan obrado de mala fe, sea a título oneroso o no, y a quienes aun obrando de buena fe hubieren derivado su derecho de la sentencia antecedente a título gratuito.
- x. El proceso de revisión por fraude procesal sólo procede por las causales específicas tipificadas por el ordenamiento jurídico, debiendo detallarse y fundamentar debidamente en la demanda en cuál se sustenta; lo que se demanda en este proceso es la revisión sobre la comisión de fraude procesal única y exclusivamente, es decir, sobre una cuestión puramente procesal. El demandante no podrá buscar anular la sentencia pretendiendo revalorar la prueba actuada, lo cual es impertinente, dado que allí se encubre la pretensión de que en un nuevo proceso judicial se examine y revise lo actuado en una causa ya concluida.
- xi. Conforme se ha establecido en reiterada jurisprudencia nacional, esta clase de pretensión procesal impugnativa autónoma está referida únicamente a las pretensiones tramitadas bajo el contexto del Código Procesal Civil y no para los procesos constitucionales que están regulados por el Código Procesal Constitucional y la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; por lo que en este caso, no cabe realizar una interpretación extensiva o integración analógica a materias distintas de las reguladas por el ordenamiento procesal civil (ver Casación No. 496-03-Lima de fecha 19 de agosto 2003 expedida por la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República,

publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de marzo de 2004, páginas 11719 y 11720).

Al finalizar este trabajo de investigación, quisiera hacer mío lo expuesto por el doctor LUIS PAULINO MORA MORA, Presidente de la Corte Suprema de Costa Rica, en el Coloquio Internacional con la ponencia titulada “El Rol de los Jueces ante la Modernización Judicial”, realizada el día 7 de setiembre del 2000 en el Centro Cultural de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quien desarrollando el tema del Juez como actor de los procesos de reforma judicial afirma: *“Indudablemente, la parte central de nuestro servicio, es la respuesta del juez, frente al ciudadano y por eso es indispensable, orientar la cultura organizacional, hacia un concepto del juez, como aliado de la sociedad, como garante de los derechos ciudadanos, que busque la solución del conflicto por encima de excusas burocráticas, consciente de que su rol en la sociedad es determinante para las relaciones familiares, económicas, comerciales, con el Estado, en fin, para la convivencia pacífica en general”*.

Ante estas carencias y urgencias del sistema judicial, nos queda afirmar que el momento de actuar ha llegado, no podemos esperar, si es que buscamos aplicar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, base para un modelo de justicia *accesible, eficiente, transparente, pronta y cumplida*.



CONCLUSIONES.

1. Debe situarse el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la teoría de los derechos fundamentales. Éstos últimos, son auténticos derechos subjetivos a los que el ordenamiento jurídico distingue de los derechos subjetivos ordinarios mediante un tratamiento normativo y procesal privilegiado, vienen determinados positivamente, esto es, concretados y protegidos especialmente por normas de mayor rango.

En el horizonte del constitucionalismo actual, se destaca la doble función de los derechos fundamentales: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.

2. Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos, tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional.

Si bien la Constitución Política de 1993 recoge los derechos fundamentales de la persona en el artículo 2°, ésta es una enumeración enunciativa, pues el artículo 3° de la Constitución deja abierto el reconocimiento a otros derechos, al expresar que la enumeración de los derechos fundamentales de la persona establecidos en el primer Capítulo *“no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del*

hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. En esta norma, que opera como cláusula general y abierta, los Jueces tienen el fundamento para proteger cualquier interés de la persona ante la presencia de una laguna legal.

3. La tutela judicial efectiva no exige que se configure de una forma determinada, siempre que se respete el contenido esencial del derecho que son los elementos mínimos que lo hacen reconocible, y que su presencia hace que no se convierta en algo desnaturalizado. Se entenderá por efectividad de los derechos fundamentales los mecanismos de realización jurisdiccional de estos derechos.
4. El artículo III segundo párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Civil constituye la norma más importante de todo el cuerpo legislativo, al haber optado por conceder al Juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas, en base a ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido de éstos, consistente en recurrir inicialmente a los principios generales del derecho procesal y, luego, a la doctrina y a la jurisprudencia, respectivamente.
5. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de **técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos**. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el **derecho a la efectiva protección del derecho material**, del cual son deudores el legislador y el Juez.
6. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio

de la función jurisdiccional del Estado.

7. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un **derecho de contenido complejo** en la medida que está conformado por una serie de derechos que determinan su contenido, y que comprende: derecho de acceso de la justicia, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con **criterios jurídicos razonables**, y no manifiestamente arbitrarias, ni irrazonables.

8. En el desarrollo del tema del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva debe explicarse aquéllas **manifestaciones concretas de dicho derecho en el proceso** (sean como derechos contenidos en él, principios, potestades del Juez, así como otras instituciones jurídicas cuyo fundamento es la tutela jurisdiccional efectiva).
9. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la reafirmación del **carácter instrumental del proceso**, en tanto mecanismo de pacificación social. En esa línea, dicha efectividad abarca no sólo aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción del proceso (lo que, en teoría, atañe más al derecho al debido proceso) sino que, primordialmente, se halla referida a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en la litis.

Solo se puede tutelar un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva si se tiene **técnicas procesales** capaces de permitir la tutela de todos los otros derechos fundamentales. La única manera de pensar que la tutela jurisdiccional pueda ser efectiva es mirando el proceso en función al derecho material.

10. La **relación del proceso con el derecho material** es un aspecto de mayor importancia en la teoría y práctica de la tutela jurisdiccional. El proceso revela un valor propio, al establecer las formas, inclusive formas de tutela, por medio

de las cuales se puede tornar efectivo el derecho material, sin perjuicio de la eficacia y de los efectos propios de la actividad jurisdiccional. La evolución de la sociedad y del derecho pasó a exigir, sin embargo, el ejercicio de la jurisdicción con el objetivo de tutelar no sólo derechos subjetivos, sino el propio ordenamiento constitucional. Actualmente la retroalimentación entre uno u otro aparecen mezcladas, por lo que existe también la relación en sentido inverso, esto es, la influencia del derecho material en el proceso.

11. La tutela diferenciada contemporánea, sí surge como un remedio específico para enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos -regularmente impersonales, extrapatrimoniales e infungibles-, que empiezan a marcar el nuevo rumbo del Derecho. Podemos encontrar al interior de la Tutela diferenciada contemporánea una Tutela preventiva y una Tutela de urgencia. La primera tiene como finalidades: a) eliminar incertidumbre jurídica mediante un proceso de declaración de mera certeza, b) el obtener una sentencia de condena de hacer o no hacer no susceptible de ser satisfecha por reparación patrimonial, es decir, que contenga una pretensión infungible, llamada también tutela inhibitoria, y cuyo fin es impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, a través de una decisión insustituible de hacer o no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva. En la segunda, su fin es otorgarle protección a situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria, cuya finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso.

12. El debido proceso es un elemento indispensable de la tutela, sin debido proceso no hay tutela, porque no se puede otorgar la tutela si antes no se ha pasado por el debido proceso. El debido proceso tiene un contenido amplio, que no solamente está comprendido por elementos procesales sino que permite también el control de todo acto de poder en general pero, específicamente, de sentencias que puedan vulnerar derechos fundamentales también de tipo sustancial.

El contenido del **debido proceso desde la perspectiva procesal** comprende

un conjunto de derechos esenciales empezando por la garantía del Juez natural, derecho de defensa, derecho a la prueba, derecho a la impugnación, derecho a una debida motivación, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc. Asimismo, se debe reconocer como derecho fundamental al **debido proceso sustantivo**, es decir, la vigencia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos.

- 13.** No sólo los recursos ordinarios, sino también los extraordinarios legalmente establecidos, singularmente el de Casación, forman parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, y que, por tanto, infringe aquel derecho fundamental cualquier decisión de inadmisión de un recurso que no se funde en la aplicación razonada y razonable de una causa legal de inadmisibilidad o improcedencia, esto es, en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales.

La **causal de infracción normativa** (sustantiva y procesal) no debe convertir al recurso extraordinario de Casación en un medio impugnatorio abierto, como es la apelación, para lo cual no debe desligarse de su presupuesto esencial: que la infracción haya sido determinante para obtener la decisión contenida en la resolución impugnada.

- 14.** Nuestro Código Procesal Civil contempla un catálogo de resoluciones inimpugnables por tanto debiéramos hablar del **derecho a la impugnación con arreglo a ley**.

Si se apela la resolución que pone fin al proceso si podemos hablar de segundo grado. Si se apela de una resolución interlocutoria no estaremos ante un segundo grado, sino ante el simple reexamen de la resolución por un Juez distinto. Esta distinción trae una consecuencia, sólo será constitucionalmente exigible el que las resoluciones finales del proceso sean apelables. En cambio, si la ley (como ocurre en numerosos casos en nuestro Código) establece que un determinado auto interlocutorio no es apelable ello es perfectamente legítimo desde el punto de vista constitucional.

15. La prueba de oficio es un **poder discrecional**, y por tanto una manifestación concreta del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva a fin de evitar el **fraude procesal** y buscar la **verdad relativa o procesal**. Lo trascendente en el tema de la prueba de oficio es establecer cuáles son los **límites a la iniciativa probatoria del Juez**; estos pueden ser: que se limite a los hechos controvertidos, a las fuentes probatorias y se observe el derecho de defensa de las partes posibilitando la ampliación de las pruebas presentadas inicialmente.

El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad en la aplicación de la norma procesal. La iniciativa probatoria del Juez en la proposición de la prueba de oficio es, en principio, constitucionalmente admisible, en tanto y en cuanto observe los presupuestos para su aplicación señalados en la ley procesal y se ajuste a los límites desarrollados por la doctrina procesal para el caso peruano (diseño de aplicación); además, la decisión judicial que ordene de oficio la actuación de un medio probatorio debe cumplir la exigencia constitucional de la motivación, es decir, debe ser razonable y adecuadamente motivada. Las pruebas de oficio son subsidiarias o complementarias y no sirven para sustituir a las de las partes.

16. La facultad de iniciativa probatoria puede ser ejercida por todos los Jueces para verificar las fuentes de prueba que aportan las partes a través de los medios de prueba insuficiente; por tanto, **el Juez de apelaciones puede practicar la prueba de oficio** que lleve a verificar o corroborar las fuentes que ya existen en el proceso y sobre las cuales pudiere existir alguna duda, la que puede practicarse en todas las vías procedimentales.

17. La **efectividad** debe ser una práctica diaria de la impartición de justicia. Las garantías verdaderas, la comprenden no solo la imparcialidad del Juez -mal entendida por algunos por la que el Juez debe ser totalmente pasivo al interior del proceso- sino la garantía de acceso a la justicia, la garantía de la defensa, la garantía de una decisión justa, la garantía de la realización de los derechos (tutela cautelar, ejecución de sentencia, entre otros).

18.El Juez activo es una condición necesaria para una correcta impartición de justicia. En la tarea activa del Juez no hay conflicto entre las garantías y el activismo del Juez (realización de las garantías). Observándose que jamás las partes del proceso son iguales, por ello se consagra el principio de efectiva igualdad de las partes, en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

19.La malformación que consistió en el entendimiento que el derecho procesal se anclaba en el formalismo (la forma por la forma), se debió a que nuestra disciplina no avanzó a la par de **la filosofía del derecho y el constitucionalismo**. Por ello, las columnas vertebrales del nuevo derecho procesal la encontramos en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso.

El formalismo nunca debe sobreponerse a los fines del proceso, porque a estos sirve, de ahí la trascendencia del principio de elasticidad de las formas procesales a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con los principios que integran la teoría de la nulidad procesal, entre ellos, el principio de convalidación.

20.La experiencia de los estudios doctrinarios de derecho procesal civil en sede nacional a partir de la vigencia de nuestro Código Procesal Civil, ante el carente desarrollo jurisprudencial del Supremo Tribunal y falta de predictibilidad, nos lleva a postular la necesidad de que emprendamos trabajos de **hermenéutica jurídica** en esta disciplina, esto es, estudios de interpretación de la norma procesal, en definitiva del Derecho procesal, observando la fisonomía y base ideológica recogida en el Título Preliminar del Código acotado.

Las últimas reformas procesales en su mayoría no han hecho sino perder la estructura de nuestro ordenamiento procesal civil, pasándose a un proceso esencialmente escrito, donde se ha afectado tanto la técnica de oralidad como el principio de inmediación.

RECOMENDACIONES, PROPUESTA LEGISLATIVA Y ACADEMICA.

1. **JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA DE APLICACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y PRINCIPIOS PROCESALES.** La jurisprudencia nacional debe apuntar a desarrollar el contenido básico y diversos supuestos de aplicación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, resaltando las **manifestaciones concretas de dicho derecho en el proceso** (sean como derechos contenidos en él, principios, potestades del Juez, así como otras instituciones jurídicas cuyo fundamento es la tutela jurisdiccional efectiva). En la actualidad, resulta escaso o limitado su desarrollo en la jurisprudencia en sede nacional, por lo que es urgente la difusión de la existente expedida en gran parte por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme a la comprobación efectuada en el presente estudio con la variada fuente actualizada de jurisprudencia peruana, básicamente de las Resoluciones Casatorias publicadas en el Diario Oficial (periodo 1995-2010), y que sirva de marco orientador a los Juzgados y Salas Civiles Superiores.
2. **MOTIVACION RAZONABLE Y NO ARBITRARIA.** La jurisprudencia no funciona como fuente adecuada sino está debidamente **motivada y fundada en derecho**. La función del Juez carecería de legitimación. Los órganos jurisdiccionales deberán resolver con criterios jurídicos razonables, de lo contrario podría producirse decisiones arbitrarias e irracionales.
3. **INCLUSION DE LA ASIGNATURA “DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO” EN EL PLAN DE ESTUDIOS DE LA MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS.** Continuando nuestro refrendo histórico de las enseñanzas del Derecho Procesal Civil, expuestas por el maestro sanmarquino Mario Alzamora Váldez (1936-1976), deberá incluirse en el plan de estudios de la Maestría en Derecho Procesal el curso “Derecho fundamental la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso”, dado que representan los pilares del derecho procesal en su interpretación,

constituyendo la base para un modelo en un Estado Constitucional. El curso tiene como finalidad que se conozca el contenido de los diversos derechos que integran el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, de modo que se puedan esgrimir argumentos con base al contenido de dichos derechos de contenido complejo. Del mismo modo, el curso pretende que se identifiquen las eventuales lesiones que puedan sufrir estos derechos por diversas normas o actuaciones judiciales, y el modo de resolverlas. Los temas que abarcaría serían: la finalidad esencial del proceso, la instrumentalidad del proceso, la relación entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional (noción, origen y evolución, ámbito de aplicación, contenido complejo), el valor de efectividad de la tutela como elemento esencial, manifestaciones del debido proceso), elementos esenciales del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la tutela diferenciada como expresión de la necesidad de efectividad en la tutela jurisdiccional, entre otros.

- 4. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO EN EL POST GRADO EN FACULTADES DE DERECHO Y EN LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.** Con el tema propuesto en el presente trabajo de investigación, resulta evidente la necesidad del estudio del Derecho Comparado dentro de los cursos que imparte las Unidades de Post Grado de Derecho y Ciencia Política en las Universidades y en la Academia de la Magistratura, como disciplina científica relativamente independiente cuyo objeto de conocimiento es el derecho en general o determinadas ramas del derecho de dos o más Estados. De esta comparación de instituciones de otros países, su evolución legislativa y jurisprudencial, se tendrá que extraer lo conveniente de una institución, a fin de crear una corriente de opinión en el conocimiento cabal de su contenido básico y criterios para interpretarla, tomando la referencia más próxima de la fuente de inspiración del legislador nacional.
- 5. REFORMA CONSTITUCIONAL.** Tomando el Informe elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú presentado en Julio del 2001 (los lineamientos para una Reforma

Constitucional), que presidió el doctor Diego García Sayán y como Vicepresidente el doctor Domingo García Belaúnde, se propone y recomienda incorporar el derecho al debido proceso en el capítulo de Derechos Fundamentales trasladándolo de la parte referida al Poder Judicial, resaltando su verdadera naturaleza y entendiendo por debido proceso, no solo desde la perspectiva procesal, sino se debe reconocer como derecho fundamental al **debido proceso sustantivo**, es decir, la vigencia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos.

Además, por nuestra parte proponemos mantener la incorporación que hiciera la actual Constitución Política al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, con el agregado de “efectiva”, resaltando así el valor “eficacia” en el proceso judicial, cuyo antecedente en el derecho comparado lo encontramos en la Constitución española de 1978, sustentado en la diferencia de origen, contenido y ámbito de aplicación con el derecho al debido proceso.

6. **REFORMA LEGISLATIVA.** El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva por corresponder su tratamiento legislativo y jurisprudencial al sistema occidental, de donde surge el sistema románico-germánico, de rango constitucional, al mismo tiempo comprende el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial (principios del proceso). En nuestra opinión no es un concepto abstracto sino concreto. En cambio, el sistema anglosajón acuñó el concepto del debido proceso legal.

Definidos los conceptos de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y derecho al debido proceso legal, la legislación procesal civil en la norma referida a las causales del Recurso de Casación (texto original) entiende que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está subsumido al derecho al debido proceso, generando una inversión de la extensión de los conceptos, estando además a la interpretación que se extrae del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil. En estricto, el alcance del primero es mayor. Así, la inclusión

del concepto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es una referencia tácita mediante la relación que existe entre éste concepto y el debido proceso. El derecho al debido proceso es un derecho fundamental cuyo espectro no se limita al debido proceso formal sino que cada vez se extiende más al debido proceso sustantivo.

Una de las conclusiones de la ponencia del profesor de la Universidad de la Plata JUAN CARLOS HITTERS al abordar el tema “La Casación Civil en el Perú”, afirma que la única fajina que escapa al control casatorio es la fijación de los hechos, salvo absurdo o arbitrariedad. Citando a FRANCISCO GENY: “*Lo cierto es que el Tribunal Supremo no puede cumplir a satisfacción su alta misión si no extiende su inspección a toda la esfera de interpretación propiamente jurídica*”. El mero examen nomofiláctico sirve para poco, y no justifica el mantenimiento de todo un campo casatorio para revisar más que eso. Agrega HITTERS: “*No obstante ello pensamos que el artículo 386° inciso 3 puede dar pie a esta posibilidad ampliatoria del recurso ya que para ocuparse, por ejemplo, de la contravención de las normas al debido proceso legal, no puede ese cuerpo desentenderse del material fáctico*” ²⁸⁸. Así, nos permitimos apuntar un área crítica del Código Procesal Civil: el recurso de Casación.

El recurso de Casación por infracción normativa procesal debe tener fundamento en los motivos fijados taxativamente por la ley. La reforma al Código Procesal Civil no ha tomado en cuenta la delimitación de la infracción normativa procesal, por ello no caben fórmulas genéricas, de modo que se acabe con el rigor técnico de los recursos extraordinarios. Dentro de las causales o motivos del recurso extraordinario por **infracción normativa procesal** encontramos la vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política (en la que encontraríamos la vulneración al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y propiamente el derecho fundamental al debido

²⁸⁸ En: Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, Revista Peruana de Derecho Procesal y Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, págs. 104 y 108.

proceso). El recurso de casación por **infracción normativa procesal** persigue el control de la regularidad y validez de la actuación procesal llevada a cabo en la instancia y en la apelación y el cumplimiento de las normas que rigen los actos y garantías del proceso, solo cuando el recurrente denuncie y acredite que la infracción normativa aparentemente incurrida ha sido determinante para decidir el caso.

Sobre el motivo único de casación “infracción normativa”, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que tiene dos variantes: la infracción normativa material y la infracción normativa procesal, entendiendo que ésta última incida en la decisión de fondo. Sin duda se hace necesario una precisión legislativa para poder tener mejor entendimiento los justiciables y no estar sometida a interpretación, cuando sólo busco cuestionar errores que se relacionan con la “infracción normativa procesal”.

Por lo desarrollado en la presente investigación, que podría ser sustento de una exposición de motivos, propongo la modificación y texto ampliatorio del artículo 386° del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364 de fecha 12 de mayo del 2009, con la supresión de la expresión apartamiento “inmotivado” desde la perspectiva del precedente, y agregando un segundo párrafo en el sentido siguiente:

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento del precedente judicial.

En el plano de la infracción normativa procesal es causal del recurso de casación la vulneración del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, la contravención de las normas que garantizan el derecho fundamental a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ABAD YUPANQUI, Samuel

- 1992 “Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar”. En: *Revista Thémis*, No. 21, editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 7-15
- 2004 *El Proceso Constitucional de Amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 1era ed.

ALEXY, Robert

- 1997 *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- 1997 *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

ALONSO GARCIA, Enrique

- 1984 *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto

- 2004 “Poderes del juez y visión cooperativa del proceso”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal VII*. Lima: Estudio Monroy Abogados y Palestra Editores, pp. 11-42
- 2007 *Del Formalismo en el Proceso Civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*. Lima: Palestra Editores, Biblioteca de Derecho Procesal 7
- 2008 *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*. Lima: Comunitas, Biblioteca de Derecho Procesal 10

- 2008 "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales". En: Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, Fondo Editorial, pp. 67-83

ALZAMORA VALDEZ, Mario

- 1968 *Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2da ed.

APARISI MIRALLES, Ángela

- 1992 "Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Tomo IX, pp. 249-265

APOLÍN MEZA, Dante

- 2005 "Apuntes iniciales en torno a la acumulación de pretensiones". En: *Revista Derecho y Sociedad*. N° 25, pp. 20-36

ATIENZA, Manuel

- 1997 *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María

- 2001 "Apuntes sobre los Alcances de la Autoridad de la Cosa Juzgada en el Proceso Civil Peruano". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 24, pp. 190-191

ARIANO DEHO, Eugenia

- 1998 *El Proceso de Ejecución*. Lima: Rodhas

2004 "Poderes probatorios del juez y sus paradojas". En: *Cuadernos Jurisprudenciales, Suplemento Mensual de Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica N° 42

2008 "De la excepción de transacción a la "excepción de conclusión del proceso por transacción"". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 170, pp. 13-14

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María

2001 "Apuntes sobre los Alcances de la Autoridad de la Cosa Juzgada en el Proceso Civil Peruano", En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 24, pp. 190-191

BERNAL PULLIDO, Carlos

2005 *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1996 *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Constitución y Sociedad ICS, 2da ed.

BLANCO GOMEZ, José Luis

1994 *Sistema dispositivo y prueba de oficio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2da ed. Pp. 103-105

BORRAJO INIESTA, Ignacio

1995 *El Derecho a la tutela judicial y el Recurso de Amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S.A

BREBBIA, Roberto

1997 “La equidad en el derecho de daños”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 1997-B, Sec. Doctrina, pp. 1140-1146

CALVO VIDAL, Félix

1992 *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*. Valladolid: Editorial Lex Nova

CARNACINI, Tito

1953 “Tutela jurisdiccional y técnica del proceso” En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo III, N° 12, pp. 97-182

CARRIÓ, Genaro

1989 “Sobre la creación judicial del derecho” En: *Cuadernos de análisis jurídico No. 8. Formación y Perfeccionamiento de los Jueces. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales*. pp. 35-49

CARRION LUGO, Jorge

2000 *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Grijley. Tomo I

2007 *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Grijley. Tomo II, 2da. edición

CASTILLO CORDOVA, Luis y CASTILLO ALVA, José Luis

2008 *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Lima: Ara Editores, 1era edición

CASSAGNE, Juan Carlos

2000 “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa” En: *Revista Peruana de Derecho Público*. No. 1, Editorial Grijley, pp. 97-122

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo

- 1997 “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales 13: Derechos fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos-jurisprudencia)*. pp. 63-113

COMOGLIO, Luigi Paolo

- 2008 “Garantías constitucionales y “proceso justo” (modelos comparados)”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal XI*. Lima: Comunitas. pp. 7-98.

COMOGLIO, Luigi Paolo

- 2003 “Garantías mínimas del “proceso justo” civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal VI*. Lima: Estudio Monroy Abogados, pp. 57-73

CORDOVA LÓPEZ, Ocner

- 2008 “Es posible la aplicación del principio *iura novit curia* en Casación Civil”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Tomo 91, setiembre, pp. 361-366

COUTURE, Eduardo J.

- 1958 *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma Editor

CHAMORRO BERNAL, Francisco

- 1994 *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch

DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo

- 1995 *La Garantía Procesal del Debido Proceso*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal, N°. 01

DE LA FLOR PUCCINELLI, Nicolás

2010 “La cosa juzgada (no tan) constitucional”. En: *Revista Gaceta Constitucional* N° 33. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 361-369

DE LOS SANTOS, Mabel

2005 “Postulación y flexibilización de la congruencia (Su análisis con relación al Código Procesal Civil peruano)”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal VIII*. Lima: Estudio Monroy Abogados, Palestra Editores, pp. 87-106

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto

2006 “La indeterminación de la “estructura del deber” de los jueces en el Estado de Derecho”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia-Ministerio de la Presidencia, Nueva Época, Tomo XXIII, pp. 241-265

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier

1997 *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

DONAYRE MONTESINOS, Christian

2007 “Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”. En: *Revista Justicia Constitucional* N° 5, director César Landa Arroyo. Lima: Palestra Editores, pp. 101- 120

EINER, Isidoro

1992 *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2da ed. pp. 37-42

ENGISCH, Karl

1967 *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Ediciones Guadarrama

ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier

2000 *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Editorial Lex Nova

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2010 “La inadmisión intromisión del Tribunal Constitucional en materia de interpretación testamentaria (...o la historia de una ineficacia jamás pedida)”. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, N° 199, pp. 53-57

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

2000 “El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular”. En: *Cuadernos Jurisdiccionales. Asociación No hay Derecho*. Lima: Ediciones Legales, pp. 37-61

2009 “Precedentes Constitucionales en el Perú: Surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos”. En: *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis comentario y doctrina comparada)*. Arequipa: Editorial ADRUS y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional N° 40, pp. 819-869

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor

1951 “El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites”. En: *Revista de Derecho Procesal*. N° 2, pp. 187-213

1990 *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch

FERNANDEZ SEGADO, Francisco

1992 *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos

1990 “El Derecho a la Identidad Personal”. En: *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano. ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA)*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

FERRAJOLI, Luigi

1995 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio*. Madrid: Editorial Trotta

2006 *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta

2006 *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta

2007 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela

1990 *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.,
Temas clave de la Constitución Española.

FONS RODRÍGUEZ, Carolina

1998 *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*. Barcelona: Bosch

FRIGAL FERNANDEZ-VILLAVARDE, Luis

1981 *La Protección de los derechos Fundamentales en el Ordenamiento Español*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo

1994 *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

GARBERÍ LLOBREGAT, José

2009 *Constitución y derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Navarra: Civitas, 1era ed.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo

1986 *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1 era ed.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio

2006 "Elementos del debido proceso en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, Año VI - N° 9

GARCIA TOMA, Víctor

2007 "La Sentencia Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia N° 100*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 15-16

GIDI, Antonio

2003 *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa

2004 *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil.*
México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

GONZALES BARRÓN, Günther

2010 “¿Puede criticarse a Alexy?”. En: *Revista Gaceta Constitucional* N° 32. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 311-317

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús

1984 *El derecho a la tutela jurisdiccional.* Madrid: Editorial Civitas S.A.

2001 *El derecho a la tutela jurisdiccional.* Madrid: Civitas Ediciones, 3era ed.

GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco Alberto

2007 “Resoluciones contradictorias ¿Cuál debe primar?”. En: *Revista “Actualidad Jurídica”* N° 167. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 71-74

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo

1992 *Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Tomo I, Volumen 2

2004 *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores

2008 “El principio de congruencia frente al principio dispositivo”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* XI. Lima: Comunitas, pp. 113-160

GUASTINI, Ricardo

2000 *Estudios sobre la interpretación jurídica.* México: Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2da ed.

2007 *Ponderación: Un análisis de conflictos entre principios constitucionales. Palestra del Tribunal Constitucional, Año 2, N° 8, pp.631-637*

2010 *Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara Editores*

GUZMAN BRITO, Alejandro

1986 *Las Fuentes del Derecho en el Nuevo Código Civil Peruano, en "El Código Civil Peruano el Sistema Jurídico Latinoamericano", ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). Lima: Cultural Cuzco S.A.*

HERENCIA ORTEGA, Inés Gabriela

2005 "Las pruebas de oficio frente al principio de preclusión en el proceso civil". En: *Actualidad Jurídica*. Lima, Gaceta Jurídica, N° 142, pp. 55-56

HITTERS, Juan Carlos

1997 "La Casación Civil en el Perú". En: *Jornadas Internacionales de derecho Procesal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Revista Peruana de Derecho Procesal, pp. 83-109

1994 *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1ra edición., 2da reimpresión

JIMÉNEZ MAYOR, JUAN

2008 "Reforma en la Organización y Gestión Judicial: El reto pendiente en el Perú". En: *Reforma del Estado. Seminario en los 90 años de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Henry Pease*

García/Giofianni Peirano Torriani (Editores). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 425-458

JORDAN MANRIQUE, Hernán

2005 “Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional”. En: *Revista de Derecho Foro Jurídico*, Año II, N° 4

JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL

2008 *Derecho Procesal: XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial

LAMA MORE, Héctor

2005 “Los dramáticos efectos de una sentencia vinculante”. En: *Diario Oficial “El Peruano”, Suplemento de Análisis Legal “Jurídica”, N° 60, de fecha 23 de agosto de 2005*

LANDA ARROYO, César

2001 “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: *Pensamiento Constitucional N° 8*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2006 *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra Editores, 1era ed.

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella

2006 “Cómo ser Juez y no claudicar en el proceso”. En: *Revista “Diálogo con la Jurisprudencia” N° 89*, pp. 185-189

2008 "La transacción extrajudicial y los mecanismo procesales de defensa".
En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 112. Lima: Gaceta Jurídica

2008 *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 1era ed.
Tomo I

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis

1975 "Lógica Formal y Lógica Razonable en la Lógica Jurídica". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVIII, pp. 1-36

LÓPEZ PINA, Antonio

1991 *La Garantía Constitucional de los derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

LORCA SIERO, A.

1997 *Los Jueces y la Constitución*. Madrid: Editorial SILOA

MANSILLA NOVELLA, Víctor Raúl

1996 "El debido proceso y la reconvención en el Código Procesal Civil". En: *I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 17-20

MARINONI, Luiz Guilherme

2001 "La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso". En: *Revista Thémis* N° 43, pp. 45-51

2007 *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 1era ed. Biblioteca de Derecho Procesal N° 5

2010 "La prueba en la acción inhibitoria". En: *Revista Jurídica del Perú* Tomo 101. Lima: Normas Legales

2010 *Tutelas urgentes y Tutelas preventivas*. Lima: Comunitas

MARTEL CHANG, Rolando

2003 *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Lima: Palestra Editores

2008 “Las defensas de forma y el Primer Pleno Casatorio Civil”. En: *Actualidad Jurídica N° 174*. Lima: Gaceta Jurídica

2009 *Material de autoaprendizaje base Derecho Procesal Civil, Los presupuestos procesales y su control*. Lima: AMAG

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, DE OTTO Y PARDO, Ignacio

1988 *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y Tomás de Domingo

2005 *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Lima: Tabla XIII Editores

2010 *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Lima: Universidad de Piura y Palestra Editores

MAURINO, Alberto Luis

1999 *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Editorial Astrea

MONROY GALVEZ, Juan

1993 “Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992”. En: *Revista Thémis No. 25*. Lima, pp. 35-48

1996 *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Colombia, Editorial Temis S.A.
Tomo I.

2002 “La acción de amparo bajo análisis”. En: *Diario “El Comercio”* de fecha
6/8/2002, p. A-15

2003 *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima:
Comunidad

MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan

2001 “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes
iniciales”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N°IV, Lima:
Estudio Monroy Abogados, pp. 155-180

2008 “El Recurso de casación y su imprescindible reforma”. En: *Revista
Jurídica del Perú*, Tomo 84, febrero, pp. 381-399

MONROY PALACIOS, Juan José

2003 “Panorama actual de la justicia civil. Una mirada general desde el
proceso”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal VI*. Lima: Estudio
Monroy Abogados, pp. 273-331.

2008 *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad

MONTERO AROCA, Juan

1999 *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Lima: ENMARCE
E.I.R.L.

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José

2005 *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch

MORALES GODO, Juan

- 2005 *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra Editores
- 2008 “¿La transacción civil puede oponerse como excepción procesal?” En:
 Diálogo con la Jurisprudencia N° 114, Gaceta Jurídica

MORELLO, Augusto

- 1994 *El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.
- 1993 *La Casación. Un modelo intermedio eficiente*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A. y Librería Editora Platense S.R.L.
- 1990 *La Nueva Etapa del Recurso Extraordinario. El “Certiorari”*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot S.A. y Librería Editora Platense S.R.L.
- 1980 *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi

NOVACK, George

- 1979 *Introducción a la lógica. Lógica formal y lógica dialéctica*. Barcelona: Editorial Fontamara

OBANDO BLANCO, Víctor Roberto

- 1997 *Estudios de Derecho Procesal Civil. El Objeto del Proceso. La Sentencia Civil. El Principio Iura Novit Curia. Prologado por el doctor Juan Monroy Gálvez*. Lima: Editorial San Marcos
- 1998 “Los medios probatorios fuera de los actos postulatorios del proceso”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal IV*. Lima: Estudio Monroy Abogados, pp. 67- 77

- 2000 “Tratamiento Doctrinario y Jurisprudencial del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”. En: *Cuadernos Jurisdiccionales. Asociación No hay Derecho*. Lima: Ediciones Legales, pp. 63-87
- 2001 “Tratamiento Doctrinario y Jurisprudencial del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV. Lima: Estudio Monroy Abogados, pp. 181-198
- 2002 *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Prologado por el doctor Víctor Raúl Mansilla Novella*. Lima: Palestra Editores, 2da ed.
- 2008 “Política Jurisdiccional, Predictibilidad y Doctrina del Precedente Judicial. Primer Pleno Casatorio Civil 2007”. En: *Primer Pleno Casatorio Civil. Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 41-60
- 2010 “Tratamiento Doctrinario y Jurisprudencial del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”. En: *Código Procesal Civil Comentado. Coordinador Johan S. Amargo Acosta*. Lima: Editorial Adrus, pp. 47-63
- 2011 “El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva desde la perspectiva del proceso civil: Nuevas tendencias”. En: *Proceso y Constitución. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 10 y el 13 de mayo de 2011*. Giovanni Priori Posada Editor. Lima: Ara Editores, Escuela de Posgrado, Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Derecho, pp. 141-188

OTERO PARGA, Milagros

1995 “La arbitrariedad”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Nueva Época, Tomo XII, pp. 387-400

PARODI REMON, Carlos

1996 *El Derecho Procesal del Futuro*. Lima: Editorial San Marcos

PARRA QUIJANO, Jairo

2005 *La racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, III Congreso Internacional de Derecho Procesal, pp. 233-246

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio

1991 *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*. Madrid: EUDEMA, S.A.

PEREZ LUÑO, Antonio E

1995 *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 6ta ed.

PEREZ ROYO, Javier

1995 *Las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

PETRIELLA, Dionisio

1957 *La Constitución de la República Italiana*. Buenos Aires: Asociación Dante Alighieri

PEYRANO, Jorge

1992 “La ‘performatividad’ en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano”. En: *Revista Themis*, N° 22

PICO I JUNOY, Joan

- 1996 *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor, S.A.
- 1997 *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- 2004 “El Derecho Procesal entre el garantismo y la Eficacia: un debate mal planteado”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*. Año III – N° 4, pp. 253-254

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander

- 2010 “La teoría de la argumentación y decisión jurídica”. En: *Revista Gaceta Constitucional N° 27*, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 247-255

PRIETO SANCHIS, Luis

- 1992 *Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- 1998 *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Editorial DYKINSON, S.L., Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, No. 7
- 2002 *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, Serie Derechos y Garantías N° 5
- 2005 *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Fontamara

PRIORI POSADA, Giovanni F

- 2006 *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara Editores

- 2003 *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso.* En: *Revista Ius et Veritas* N° 26, Lima, pp. 273-292

QUIROGA LEON, Aníbal

- 1989 “La casación civil y la tutela jurídica de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. En: *Revista de Derecho Themis*, No. 15, pp. 15-26
- 1991 “El Derecho al Recurso en el Artículo 24 de la Española”. En: *Anuario Jurídico*. Lima: Universidad San Martín de Porres, Año I, No. 1, pp. 53-91

RANGEL DINAMARCO, Cándido

- 2009 *La instrumentalidad del proceso.* Lima: Comunitas, Biblioteca de Derecho Procesal N° 11

RAMÍREZ ARCILA, Carlos

- 1978 *Acción y Acumulación de Pretensiones.* Bogotá: Editorial Temis

RAMÍREZ CARBAJAL, Diana María

- 2009 *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia

RECASENS SICHES, Luis

- 1970 *Tratado General de Filosofía del Derecho.* México: Editorial Porrúa, 4ta ed.

REDENTI, Enrico

- 1957 *Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo III

ROBLES, Gregorio

1995 *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger

2007 “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En: *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra Editores, pp. 62-63

RUBIO LORENTE, Francisco

1995 *Derechos Fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

SARAZA JIMENA, Rafael

1994 *Doctrina Constitucional Aplicable en materia civil y procesal civil*. Madrid, Editorial Civitas S.A.

SCHMITT, Carl

1982 *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.

SILVA VALLEJO, José Antonio

1986 “Los estudios de derecho Civil en el Perú y el Derecho Jurisprudencial”. En: *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzo S.A., p. 458

1993 “El Sistema de la Prueba en el Proceso”. En: *Revista Jurídica Bodas de Plata 1968-1993, Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres*. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 133-161

- 2010 *La Casación Civil. Su crisis actual. Necesidad de derogarla y de sustituirla por el recurso extraordinario de injusticia procesal y el "Certiorari"*. Lima: Ara Editores

SIMONS PINO, Adrián

- 2010 "El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales". En: *Revista de Derecho Thémis*, N° 58 *Derecho Procesal Civil*, pp. 81-98

SIMAS DE SOUZA DE M.Q., Cecilia

- 1965 *El Despacho Saneador y posibilidad de su introducción en el sistema procesal peruano*. Lima: Tesis para optar el grado de Bachiller, UNMSM, 165 h.

SMEND, Rudolf

- 1985 *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

STARCK, Christian

- 1979 *El concepto de ley en la Constitución Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

TARUFFO, Michele

- 2005 *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2da ed.
- 2006 *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
- 2007 "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*. Año VI – N° 10, pp. 305-340

TENORIO TORRES, Oscar

2007 *Debate Jurisprudencial*. Lima: Motivensa Editores

TICONA POSTIGO, Víctor

1994 “Los ejercicios del derecho de acción y de contradicción en el Código Procesal Civil. Actas del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil”. En: *Revista Ius et Praxis de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*, No. 24, pp. 52-89

TORRES VASQUEZ, Aníbal

2008 “La transacción”. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo 170, pp. 17-28

URIARTE CORDÓN, Aner

2006 “La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba”. En: *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch Editor, pp. 75-104

VALLESPIN PÉREZ, David

2008 “Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil”. En: *Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima, Universidad de Lima, Fondo Editorial, pp. 85-103

VILELA CARBAJAL, Karla

2007 *Nulidades procesales civiles y sentencia firme. Universidad de Piura, Colección Jurídica*. Lima: Palestra Editores

ZANETI JÚNIOR, Hermes

2006 “Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *stricto sensu* y de los

derechos individuales homogéneos”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal IX*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 625-649

ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger Enrique

2004 *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Gaceta Jurídica

ZELA VILLEGAS, Aldo

2008 “Una oportunidad perdida: Breves apuntes sobre el Pleno Casatorio”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia N° 116, Gaceta Jurídica*, pp. 67-69

ZORZOLI, Oscar

1998 “Cosa juzgada. Mutabilidad”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal II*, pp. 141-155

REFORMA CONSTITUCIONAL

Ministerio de Justicia

2001 *COMISION DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERU*. Lima: Honrad Adenauer Stiftung

REFORMA PROCESAL CIVIL

2010 *ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL. Reforma Procesal Civil*. Eduardo Oteiza, Coordinador. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores

CONVERSATORIO

2009 Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada. “**Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva**”. En: *Revista Ius et*

veritas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, pp. 318-329

ENTREVISTA

2010 “Entrevista a Robert Alexy: preguntas introductorias y dudas desde América Latina”. En: *Revista Gaceta Constitucional N° 32*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 347-352. Entrevista preparada por Juan Manuel Sosa Sacio y Yolanda Soledad Tito Puca realizada el 23 de agosto de 2010, cuya traducción estuvo a cargo de Jorge Alexander Portocarrero Quispe

DEBATE

APOLÍN MEZA, Dante Ludwig

2010 “Impugnación y Adecuación: Sobre la mal considerada inimpugnabilidad del auto admisorio”. En: *Revista de Derecho Thémis, N° 58 Derecho Procesal Civil*, pp. 53- 61

AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis

2010 “El interés para obrar”. En: *Revista de Derecho Thémis, N° 58 Derecho Procesal Civil*, pp. 63-69

GONZALES BARRÓN, Günther

2010 “¿Puede criticarse a Alexy?”. En: *Revista Gaceta Constitucional N° 32*. Lima: Gaceta Jurídica

REGGIARDO SAAVEDRA, Mario

2010 “Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil”. En: *Revista de Derecho Thémis, N° 58 Derecho Procesal Civil*, pp. 145-158

TENORIO TORRES, Oscar R

2007 *Promoviendo el Debate Jurisprudencial). Antología de Sentencias Casatorias divergentes emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República en materia Civil y Procesal Civil.* Lima: Motivensa Editores

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

CIMENT DURAN, Carlos

1994 *Tribunal Constitucional. Doctrina en materia civil y penal.* Valencia: Editorial General de Derecho, S.L., Tomo I

GARCIA MORILLO, Joaquín

1916 *La Justicia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica Centro de Publicaciones, Vol. III, 879-1916 p.

GUI MORI, Tomás

1997 *Jurisprudencia Constitucional, 1981-1995. Estudio y reseña completa de las primeras 3,052 sentencias del TC.* Madrid: Editorial Civitas S.A.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

1998 *ANALES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. AÑO JUDICIAL 1996.* Lima: Edición Oficial, Tomo LXXXIV, pp. 245-246

DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA

2000 *Especial de Jurisprudencia: Título Preliminar del Código Procesal Civil.* Lima: Gaceta Jurídica, Año 6, No. 21, pp. 213-229

DIARIO OFICIAL “EL PERUANO”. *Separatas “Sentencias en Casación”* (1995-2010)

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto

- 2001 *Guía de Casaciones. Derecho Civil y Procesal Civil. (Periodo 1995-2000).* Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 1era ed.
- 2007 *Guía actualizada de Casaciones. Derecho Civil – Derecho Procesal Civil. (Periodo 2001-2005).* Lima: Jurista Editores, 1era ed.
- 2010 *Guía de Casaciones. Derecho Civil y Procesal Civil. (Periodo 2006-2008).* Lima: Jurista Editores, 1era ed.

LEDESMA NARVAEZ, Marianella

- 1995 *Ejecutorias. Con aplicación del Nuevo Código Procesal Civil (1994-1995).* Lima: Cultural Cuzco, Tomo 1
- 1995 *Ejecutorias. Con aplicación del Nuevo Código Procesal Civil (1995).* Lima: Gaceta Jurídica, Tomo 2
- 1996 *Ejecutorias. Con aplicación del Nuevo Código Procesal Civil (1995).* Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 3
- 1996 *Ejecutorias. Con aplicación del Nuevo Código Procesal Civil (1996).* Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 4
- 1998 *Jurisprudencia actual (1997).* Lima: Gaceta Jurídica, Tomo I
- 1999 *Jurisprudencia actual (1998).* Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II
- 2000 *Jurisprudencia actual (1998).* Lima: Gaceta Jurídica, Tomo III
- 2001 *Jurisprudencia actual (1999).* Lima: Gaceta Jurídica, Tomo IV

- 2002 *Jurisprudencia actual (1999)*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo V
- 2005 *Jurisprudencia actual (2000-2003)*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo VI

TENORIO TORRES, Oscar R

- 2007 *Jurisprudencia Casatoria. Derecho Civil y Derecho Procesal Civil (Publicadas el año 2006)*. Lima: Motivensa Editores, Tomo I
- 2008 *Jurisprudencia Casatoria. Derecho Civil y Derecho Procesal Civil (Publicadas el año 2007)*. Lima: Motivensa Editores, Tomo II
- 2009 *Jurisprudencia Casatoria. Derecho Civil y Derecho Procesal Civil (Publicadas el año 2008)*. Lima: Motivensa Editores, Tomo III

CONSTITUCIONES O LEY FUNDAMENTAL

- 1990 *CONSTITUCION ESPAÑOLA*. Barcelona: Ediciones 29
- 1997 *LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Promulgada por el Consejo Parlamentario el 23 de mayo de 1949 (Versión en vigencia desde el 4 de noviembre de 1995)*. Bonn: Editado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal

CODIGOS NACIONALES

- 2008 *El proceso civil en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras del Código Procesal Civil*. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, 1era ed.
- 2009 *Código Procesal Civil. Estudio Preliminar de Juan Monroy Gálvez*. Lima: Communitas

SILVA VALLEJO, José Antonio y otro

2010 *Código Civil. Código Procesal Civil. Código de los Niños y Adolescentes. Concordado-Sumillado- Jurisprudencia.* Lima: Jurista Editores

CODIGOS LATINOAMERICANOS

1990 *UN CODICE TIPO DI PROCEDURA CIVILE PER L'AMERICA LATINA*
Texto del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Memoria del Congreso Internacional, Roma, 26/28 de Setiembre de 1988. Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Roma: Cedam-Padova

2008 "CODIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMERICA (Aprobado en Caracas el 28 de Octubre de 2004) Exposición de Motivos. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal". En: *Revista peruana de Derecho Procesal.* Lima: Comunitas, pp. 471-499

DOCUMENTOS

1993 *Congreso Constituyente Democrático, "Diario de los Debates. Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento".* Lima: Tomo III, pp. 1430-1432

BOTTO OAKLEY, Hugo

2007 *Ponencia en el Primer Encuentro latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú* (Materiales de enseñanza)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

2010 *En defensa de la PUCP Apostillas a la sentencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú

RUIZ BALLÓN, Antonio

2009 *Auditoría Social al Sistema de Justicia. Una práctica, una propuesta.*
Lima: Comisión Andina de Juristas (Anexo Relación de magistrados
participantes en el Proyecto “Auditoría Social al Poder Judicial”,
Distrito Judicial del Callao, Víctor Roberto Obando Blanco)

SIMONS PINO, Adrián

2009 Diapositivas, En: *Tema “Los Poderes Probatorios del Juez”,* (Material
de Enseñanza)